



**יד ברודמן**

לע"נ משה חנה ובנם בן ציון הי"ד  
שנספו בשואה

# אבני משפט

קובץ תודני בעניני  
אבן העזר וחושן משפט

כד

תשרי, תשפ"ד

לע"נ אסתר יפה קליימן

יוצא לאור על ידי  
"יד ברודמן"  
כולל להוראה ודיינות  
לבוגרי ישיבות הסדר  
ויוצאי צבא, רחובות



בית שפירא  
רח' הרצל 148,  
רחובות, 76264  
טל' 08-9452189  
פקס. 08-9452329

בחסות עיריית רחובות, המחלקה למורשת ישראל

בעריכת הרב מאיר ברקוביץ

לתגובות: [mbhacohen@gmail.com](mailto:mbhacohen@gmail.com)

הדפסה: דפוס ש.ה.ר. רחובות, טל. 08-9475106

חוברת חידושי התורה

אבנ"י משפט

מוקדשת לע"נ

**אסתר יפה הי"ד בת נחמן ורוחמה קליימן יבלחט"א**

שנקטפה בדמי ימיה ע"י בני עוולה

י"א בניסן תשס"ב

ת.נ.צ.ב.ה.

"ותהי אסתר נושאת חן בעיני כל רואיה" (אסתר ב, טז)  
"והיתה אסתר כותוקנת לפני הקב"ה" (וילקוט אסתר, ב)  
"אסתר שמה, ולמה נקרא שמה הדסה, על שם צדיקים" (שם)

נאים דברי חז"ל אלה, לתאר את דמותה של אסתר יפה הי"ד  
שנרצחה ע"י מחבלים בדרכה מנווה צוף, לעבודתה כגנת בעפרה.



## תוכן העינים

7	בפתח הקובץ
	<b>מאמרים</b>
9	דמי שביעית/ הרב יצחק ביסמוט
29	שיטת החינוך בדין כפיה על המצוות/ הרב מאיר ברקוביץ
33	עד היכן כוחו של מיופה הכוח?/ הרב אריה ויזל
56	פסיקה בדין שלא הוכרע/ הרב אבישי נתן מייטליס
81	בדין הפקעת קידושין למפרע/ הרב שלמה זאב פיק
106	הפקר כשמיטה/ הרב יוסף שליט
	<b>דיני ממונות</b>
124	פסקים מבית הדין לדיני ממונות/ הרב אריאל בראלי
	<b>דרוש/הרה"ג רבי גדליה רבינוביץ, אדמו"ר ממונסטרישצ'ה</b>
144	לפ' כי תבוא תשפ"א
147	לראש השנה תשפ"ג



## בפתח הקובץ

כ"ד גליונות אבני משפט כמנין משמרות הכהונה.

זמן זמנים טובא עברו מהופעת הגליון הקודם, ולאחר סיום לימוד שו"ע חו"מ, למדו בכולל מצוות התלויות בארץ בצורה מעמיקה וכעת (מאלול תשפ"ג) נפתח מחזור לימוד חדש בשו"ע אבה"ע.

בתפילה להרמת קרנה של תורה ולביאת גוא"צ במהרה בימינו,

העורך

יא בתשרי תשפ"ד



## הרב יצחק ביסמוט

### פירות שביעית ודמי שביעית

#### ראשי הפרקים

- א. מבוא
- ב. אופני היתר מכירת פירות שביעית
- ג. שביעית תופסת את דמיה
- ד. דמי שביעית ופירות שביעית
- ה. בגדר ההיתר לקנות בהמה טמאה ועבד – שיטת החזו"א
- ו. קידושין בפירות שביעית או בדמי שביעית – שיטת היד דוד
- ז. קושיות על היד דוד
- ח. הסבר ע"פ הקו"ש – 'בעין וישווי'
- ט. תשלום שכר מלאכה בפירות שביעית – הוא שימוש ב'שווי הפירות
- י. חוב תמורת אוכל – הפירעון בפירות נחשב דמי שביעית
- יא. דמי הפירות ודמי החליפין
- יב. פירות שביעית כדמי שביעית – לענין הדלקת הנר

#### א. מבוא

בגמרא ע"ז (סב,ב) ילפינן איסור סחורה מהפסוק (ויקרא כה,ו) "והיתה שבת הארץ לכם לאכלה" "לאכלה ולא לסחורה".  
נחלקו הראשונים<sup>1</sup> בגדר האיסור אם הוא לאו דאורייתא או איסור עשה, ויש מן הראשונים שסוברים שזו גזירה מדרבנן.

---

<sup>1</sup> הדברים עתיקים ומפורסמים ולצורך הבנת עיקר הנידון במאמר נביא את עיקרי השיטות בקיצור.

וברמב"ן בספר המצוות (מצוות ששכח הרב מצוה ג) "והיתה שבת הארץ לכם לאכלה, ודרשינן לאכלה ולא לסחורה, וזה דבר תורה הוא כמו שאמרו בפרק בתרא דע"ז נמצא פורע חובו בפירות שביעית והתורה אמרה לאכלה ולא לסחורה".

ובמגילת אסתר שם "ומה שאמר עוד שהיא מצוה ממה שאמר העושה בהם סחורה עובר בעשה ואם כן הוי לאו הבא מכלל עשה שהוא עשה, כבר פרשתי במצוה הקודמת לזו פירוש זה המאמר ואיני צריך לכופלו" ובמצוה ב' ביאר שאין הרמב"ם מונה לאו הבא מכלל עשה.<sup>2</sup>

ריפ"פ בביאורו לספר המצוות (מצוה סא) מבאר בדעת הרס"ג והרמב"ם שאיסור סחורה אינו עומד בפני עצמו כעשה או לאו, אלא כסניף לאיסור קצירה ובצירה.

לכן הי' נראה לי לומר בזה לדעת רבינו הגאון ז"ל דהא דממעטינן מלאכלה ולא לסחורה וכיו"ב אינו לאו הבא מכלל עשה או עשה בפ"ע. אלא קאי אלאו דלא תקצור ולא תבצור. לומר דלא אמרתי לך לא תקצור ולא תבצור אלא לסחורה ולשאר דברים אבל לאכלה מותר. וכמו שפירש"י (בפרשת בהר) על הך קרא וז"ל והיתה שבת הארץ לכם לאכלה. אף על פי שאסרתים עליך, לא באכילה ולא בהנאה אסרתים אלא שלא תנהוג בהם כבעה"ב וכי' עכ"ל. וכן לעיל על קרא דלא תקצור כתב וז"ל לא תקצור להיות מחזיק בו כשאר קציר אלא הפקר יהיה לכל עכ"ל עיין שם. וכן נדרש בספרא. והביאו הרמב"ן ז"ל שם עיין שם. והיינו דדרשינן לאכלה ולא לסחורה ולא לשריפה וכיו"ב. דלאכלה הוא דשרי רחמנא לקצור ולבצור מן המופקר ולא לשאר דברים. וכל שעשה בהן דבר שאינו בכלל אכילה עבר למפרע בלאו דלא תקצור

בכך מיושב מדוע נשים מוזהרות באיסורי הפסד וסחורה בפירות שביעית, אף שהיא מ"ע שהזמן גרמא, דכיון שעובר למפרע על איסור קצירה שלא לסחורה והרי לאיסורים הושוו נשים לאנשים.

<sup>2</sup> ברמב"ם בכורות ה, ט כתב שקדושת שביעית בבהמה מבכרת שקנה בפירות שביעית מפקיעה מקדושת בכורה ומוכח שסבר שקדושת שביעית שעוברת לתמורת הפירות היא מדאורייתא אבל אין הכרח שהאיסור הוא מדאורייתא.

בהמשך הביאור מביא גם את דעת הערוך<sup>3</sup> (ערך אבק) שכתב שאיסור סחורה הוא מדרבנן "אבקה של שביעית" כמו "אבק ריבית" שהוא מדרבנן, ומקשה עליו.

במשניות שביעית וברמב"ם ושאר פוסקים התבארו גדרי איסור סחורה בפירות שביעית, וכן האיסורים והקדושה הנתפסים בתמורה - דמי שביעית.

במשניות וברמב"ם בהלכות שביעית הלשון אינה אחידה, ופעמים נקטו שהאיסור הוא סחורה "פירות שביעית" ופעמים "דמי שביעית".

במאמר זה ננסה לעמוד על ההבדל בין המקומות שנקטו איסור סחורה בפירות שביעית לדמי שביעית.

## **ב. אופני היתר מכירת פירות שביעית**

במשנה שביעית (ז,ג) הובא איסור מכירה וצביעה בשכר, והביאה המשנה אופני היתר סחורה.

הצבע צובע לעצמו ולא יצבע בשכר שאין עושים סחורה בפירות שביעית ולא בבכורות ולא בתרומות ולא בנבלות ולא בטרפות ולא בשקצים ולא ברמשים ולא יהיה לוקח ירקות שדה ומוכר בשוק אבל הוא לוקט ובנו מוכר על ידו לקח לעצמו והותר למכרן

נחלקו הראשונים מה הם אופני ההיתר בסחורה בפירות שביעית המבוארים במשנה:

הר"ש במשנה ותוס' (סוכה לט, א ד"ה וליתב) נקטו שאסור ללקוט ע"מ למכור, וללקוט לעצמו לאכול מותר ועל כן אם לוקט לעצמו ונשאר מותר למכרן.

וכן מותר למכור את מה שלוקט על ידי אחר, כיון שלא המוכר ליקט בעצמו.

וכן כשקונה בזול על מנת למכור ביוקר נחשב לסוחר בפירות שביעית ואסור.

ר"י בתוס' (ע"ז סב, א ד"ה נמצא) סובר שאף מותר לקנות או ללקוט מעט אפילו ע"מ למכור.

הגר"א בשנות אליהו סובר שהאיסור הוא רק לקנות על מנת למכור "לא יהיה לוקח" אך מותר ללקוט "אבל לוקט הוא ובנו מוכר ע"י" ובנו לאו

---

<sup>3</sup> מהר"ץ חיות ר"ה כב ג"כ ציין לערוך וכתב "דכל הפוסקים סברי דהוא בעשה".

דווקא אלא אפילו המלקט יכול למכור ולרבותא נקט בנו (שבנו אינו נחשב לוקח).

לכל השיטות יש להבין, מדוע אין איסור סחורה בדרכים המותרות? שהרי 'מעט' אינו מפקיע איסורים - הרי גם חצי שיעור אסור מהתורה וכדרך ששואלת הגמרא (שבת עד, א) וכי מותר לבשל חצי שיעור?

ברמב"ם בפירושו המשנה מסכת שביעית פרק ח משנה ג כתב ז"ל:

אמר שהדבר המועט שמותר לאדם למכור מפירות שביעית כמו שיתבאר לקמן, אסור לו למכרו כדרך שמוכרים שאר דברים בשאר שנים, כדי שלא יראה כסוחר בפירות שביעית, אלא צריך להראות משהו מעין ההפקר שבפירות שביעית, והוא שימכור אכסרא.

ומבואר שמכירה באופן זה מפקיעה משם איסור סחורה כיון שהוא נוהג בפירות מנהג הפקר, ואינו מצד מראית העין בלבד, אלא זהו השינוי הנדרש על מנת להפקיע את שם מעשה סחורה, אלא מעשה הפקר, דמכירה ב'אכסרא' היינו באומד (או בהפסד) אינו מעשה סחורה.

דרכי ההיתר לשיטת ר"ש ולתוסי' מבואר ע"פ מה שנתבאר לעיל בדברי הרי"ף שהאיסור הוא "לא תבצור ולא תקצור" וסחורה אינה האיסור, ולכן כשאתר מוכר ולא המלקט אין איסור.

דרך היתר נוספת מבוארת בר"ש הבלעה – במשנה בסוכה "הלוקח לולב מחברו בשביעית נותן לו אתרוג במתנה" ובפשטות הגמרא שם ההבלעה היא כדי שלא למסור דמי שביעית לעם הארץ, אך הרי"ש סובר שהבלעת הדמים בחפץ אחר מתירה גם את הסחורה.

כגון שמוכר מה שליקט חברו יכול להבליע במכירה אחת את מה שליקט הוא עצמו (היינו לשיטתו שהאיסור הוא על הלוקט בלבד).

ובשבת הארץ<sup>4</sup> (פ"ו ה"א, קו"א כג) דלפ"ז פשוט שמותר אף להבליע בפירות שישית או בדבר אחר (טרחה קנקן וכד').

### ג. שביעית תופסת דמיה

ברמב"ם (שמיטה ויובל ו, א) כתב

---

<sup>4</sup> ובמהדורת מכון התורה והארץ בהערה 33 הביאו גם רש"ס מהרי"ל דיסקין ובית רידב"ז ועוד שהתירו.

אין עושין סחורה בפירות שביעית, ואם רצה למכור מעט מפירות שביעית מוכר, ואותן הדמים הרי הן כפירות שביעית וילקח בהן מאכל ויאכל בקדושת שביעית, ואותו הפרי הנמכר הרי הוא בקדושתו כשהיה.

ובהלכה ו<sup>5</sup>

חומר בשביעית מבהקדש, שהפודה את ההקדש יצא הקדש לחולין ויתפשו הדמים תחתיו, והשביעית אינה כן, אלא המוכר פירות שביעית יתפשו הדמים ויעשו כפירות שביעית, והפירות עצמן לא נתחללו ונעשו כפירות שאר שנים, שנאמר בה תהיה בהוייתה תהא לעולם, ולפי שנקראת קדש תופשת דמיה, נמצאת אומר האחרון נתפש בשביעית והפרי עצמו הוא כמו שהיה.

מבואר דאף בסחורה בפירות שביעית בהיתר<sup>6</sup>, דמי הפירות הם כפירות עצמם וחומר מהקדש שאף הפרי נשאר בקדושתו.<sup>7</sup>

הבדל נוסף בין פדיון/ חילול הקדש ומעש"ש לדין שביעית, שבשביעית הפרי ראשון אינו מעביר את הקדושה על החליפין אלא דרך מקח, ולא בדרך חילול כמע"ש או הקדש. (כך מסקנת הגמרא סוכה מ,ב).

וצריך בירור מה ההו"א (והיא גם דעת רבי יוחנן בל"ק) ששביעית תתפוס דמים אחרים בלי מקח, הרי הפרי עצמו נשאר בקדושתו, ואם כן מעשה החילול לא הועיל ואיך תעבור הקדושה?

<sup>5</sup> צ"ע מדוע כפל הרמב"ם דין זה בהלכה ו' ומה נוסף בהלכה זו (למעט מקור הדין).

<sup>6</sup> למעט בהבלעה שאין הדמים קדושים בפשטות.

<sup>7</sup> ברמב"ם כבגמרא ילפינן מ"תהיה" בהווייתה תהיה לעולם, אמנם ניתן לומר בסברא שבהקדש בעלות הממון של ההקדש היא הגורמת לקדושה ולאיסורי מעילה, ולכן כשפודה בדרך פדיון אף בלי מקח מוציא מרשות ההקדש, משא"כ בפירות שביעית גורם הקדושה הוא איסור סחורה והפסד וכו' ולא בעלות ולכן העברת הבעלות בדרך מקח אינה מפקיעה את הקדושה, דהקדושה אינה תוצאה מבעלות ואם כן ודאי שבהווייתה תהיה? וכי אם מוכר תפילין פוקעת קדושתם? ונראה ע"פ מה שהתבאר לעיל בשם הריפ"פ דאיסור סחורה הוא לא תקצור ולא תבצור בדרך בעלות והיינו כשמוכר את הפירות הוא נוהג בהם כבעלים ולכן האיסור הוא מחמת הבעלות שהוא נוהג בהם מילא אולי אצל הקונה כבר יפקע האיסור ויעבור רק לדמים? ולכך צריך את הפסוק דבהווייתה תהיה – אף שבמכירה מופקעת הבעלות של המלקט מהפירות והיה מקום לומר שכמו בהקדש תפקע הקדושה קמ"ל.

מצינו דבר דומה באיסור תמורה - "אם המר ימירנו והיה הוא ותמורתו" - אך בתמורה קדם לכך האיסור "לא יחליפנו ולא ימיר אותנו" - אם עבר והמיר - התוצאה היא שהוא לא הרויח, כי הוא ותמורתו קודש.<sup>8</sup>

וצ"ל דכיון דקרא ד'והיתה שבת הארץ לכם לאכלה' ממעט את השימוש בפירות שביעית, ולכן כשמנסה להעביר את הקדושה בדרך חילול כדי לעשות שימוש אחר כגון לסוך ביין של שביעית, נתפסת הקדושה בתורת קנס, ואף להלכה אם עשה כן הרי הדין ש"יאכל כנגדן" - בקדושה.

וכיון שיש גזה"כ "תהיה" שהפרי הראשון נשאר בקדושתו - כעין קדושת הגוף בקרבן ולכן אף שהחליף שלא בדרך מקח (למ"ד) עוברת הקדושה לחליפין (להו"א שם).<sup>9</sup>

למסקנת הגמרא שם לכו"ע פרי ראשון מעביר את הקדושה לחליפין, רק בדרך מקח ולא בדרך חילול.

ורבי אלעזר למד כך מהסמיכות "בשנת היובל הזאת" "כי תמכרו ממכר לעמיתך".

ונראה דכיון שהפרי הראשון נשאר בקדושתו, מסברא היינו אומרים, שאף בדרך חילול והחלפה בלי מקח נתפסת התמורה, ולכן רבי אלעזר צריך לימוד מפורש ששביעית תופסת דמיה רק בדרך מקח.

#### **ד. דמי שביעית ופירות שביעית**

כבמבואר לעיל בפירות שביעית ישנו איסור "לאוכלה ולא לסחורה".

וכן התבאר שהסוחר בהם אף בדרכי היתר, כגון לקט לאכול והותיר או לוקט ובנו מוכר על ידו מעט, נתפסת בתמורה קדושת שביעית ובכסף מותר לקנות אוכלים ומשקים ולאוכלם בקדושת שביעית ולבערם שמגיע זמן הביעור של הפרי שהוחלף בדמים. והפרי עצמו שנמכר אינו יוצא לחולין על ידי המכר אלא נשאר בקדושתו. "אחרון נתפס בשביעית והפרי עצמו אסור" (משנה שביעית ח, ז).

<sup>8</sup> בספר החינוך מצוה שנב "כדי לקבוע בלבנו מוראת עניין הקודש צוה הכתוב לבל נשנה הדברים אלא מכיון שנתקדשה הבהמה תהיה בקדושתה לעולם ולא נחשוב להפקיעה מקדושתה ולהחליף בהמה אחרת ואם יוציא הדבר מפיו שתהפך מחשבתו וכל מעשהו ותהייה שתיקן קודש כי הוא בא במעשהו להפקיע קדושה ותהיה להפך וכי " עיי"ש בדבריו שהביא גם טעם הרמב"ם שהוא כעין קנס.

<sup>9</sup> הגרי"ד זצ"ל ברשימות שיעורים (סוכה שם) הסביר באופן דומה.

ובמשנה (שביעית ח, ד)

האומר לפועל הא לך איסור זה ולקט לי ירק היום שכרו מותר לקט לי בו ירק היום שכרו אסור לקח מן הנחתום ככר בפונדיון כשאלקוט ירקות שדה אביא לך מותר לקח ממנו סתם לא ישלם לו מדמי שביעית שאין פורעין חוב מדמי שביעית

מבואר איסור נוסף בפירות שביעית "אין פורעין חוב מדמי שביעית" ולכן אם לקח מהנחתום כיכר בפונדיון בסתם ולא קצץ עמו "בפונדיון" ע"מ שאלקוט לך ירקות שדה, אסור לתת לו בתמורה ירקות שדה (כדרך שמותר ברישא) והטעם מבואר 'לפי שאין פורעין חוב מדמי שביעית'.

וצ"ע שהרי כאן איירי במשלם לו ירקות שדה - פירות שביעית, וא"כ מדוע נקטה המשנה 'דמי שביעית' היה צריך לשנות 'שאין פורעין חוב בפירות שביעית'?

והנה ברמב"ם בכל דינים אלו (נחתום, אין משלמין לבייר ספן, וכו') נוקט האיסור בשימושים אלו - 'דמי שביעית' ויש להבין מדוע נקט איסור זה דווקא בדמי שביעית?

ודוחק לומר דלאו דווקא, שהרי בהלכה קודם לכן (הלי ט') הרמב"ם מבחין בין פירות שביעית לדמי שביעית, וכן בהלכה יא מפרש הרמב"ם "ומותר ליתן מפרות שביעית או מדמיהן וכו'" ובשאר הדינים נקט בדווקא "דמי שביעית".

ובמקור האיסור לפרוע חוב ב"דמי שביעית" כתבו המפרשים ע"פ הגמרא בעבודה זרה (סב,א) שהוא משום איסור סחורה בפירות שביעית והתורה אמרה לאכלה ולא לסחורה.

ואם כן יש לעיין האם האיסורים שנאמרו במשנה ורמב"ם בדמי שביעית אסורים גם בפירות שביעית ולאידך גיסא יש לבחון אם ההיתרים בסחורה הנ"ל מותרים בדמי שביעית.

### ה. היתר לקנות בהמה טמאה ועבד – שיטת החזו"א

ובחזו"א (שם סק"יג) בהא דאין לוקחים בהמה טמאה ועבדים מדמי שביעית - כתב שזה דווקא אם מתנה שהמעות ישארו בקדושתן אצל המוכר והבהמה תצא לחולין, אך אם לוקח באופן שנתפסת הקדושה בהמה אין בזה איסור, ויאכל את חליפיה.

והוכיח שלא יתכן לומר שאסור להחליף פירות שביעית בבהמה באופן שהקדושה עוברת לבהמה מכך שלהחליף פירות בכסף מותר (באופני ההיתר), והרי גם את הכסף אינו אוכל אלא את חליפיו ושוו"כ ככסף ואף בהמה טמאה ועבד.<sup>10</sup>

ולפי"ז יסוד ועיקר האיסור הוא לתת דוקא דמי שביעית שישארו בקדושתן והוא ישתכר בזה ותשאר לו בהמת חולין.

משא"כ פירות שביעית שרי להחליף בבהמה טמאה וכדומה דמאי שנא מכסף ולפי"ז מובן הלשון שאסור דווקא ב"דמי שביעית".

ודבריו צל"ע<sup>11</sup> דאפשר לחלק בקל, דפירות שביעית שמכרן בהיתר נתפסת הקדושה על החליפין, ובהם אין מקום לחלק בין דמים לבהמה טמאה או עבד, דהיינו כיון שהפירות נשארים בקדושתם והקדושה עוברת לחליפין ואין אפשרות להתנות שהפירות יהיו חולין דשביעית תופסת דמיה.

אכן לדמים או לחליפין יש דין של "דמי שביעית" ובדמי שביעית מותר לקנות או להחליף רק אוכלי אדם, ובהם אסור לקנות בהמה טמאה והגבלות נוספות.

ויש להוכיח כן מלשון הברייתא בסוכה (מ,ב) שנקטה בדוגמאות של כל החליפין מיני מאכל לקח בבשר דגים וכו'.

ולשון המשנה והרמב"ם מוכיח שנקטו האיסור בכל אלו ב"דמי שביעית".<sup>12</sup>

### **ו. קידושין בפירות שביעית או בדמי שביעית – שיטת היד דוד**

במשנה קידושין (נ,ב)

ומעשה בחמש נשים ובהן שתי אחיות, וליקט אדם אחד כלכלה של תאנים, ושלהן היתה ושל שביעית היתה, ואמר הרי כולכם מקודשות

---

<sup>10</sup> עיין דרך אמונה ו, ס"ק עז שהביא דברי החזו"א וציין למקור אחר בחזו"א שהסתפק בזה ומ"מ כתב דאף באופן המותר דהיינו להחליף דמי שביעית ולחלק על בהמה טמאה, אפשר דיש בזה איסור דרבנן.

<sup>11</sup> באבן ישראל (לגרי"י פ"ש זצ"ל למשניות שביעית פ"ח מ"ח) הקשה על יסוד דברי החזו"א שניתן להתנות להשאיר את הקדושה בדמים. וחילק בין פירות שביעית לדמי שביעית.

<sup>12</sup> כך כתב בפסקי הלכות יד דוד – וכפי שיבואר להלן.

לי בכלכלה זו, וקיבלה אחת מהן ע"י כולן, ואמרו חכמים: אין אחיות מקודשות.

ובגמרא (נב,ב) "ש"מ המקדש בפירות שביעית מקודשת" וברש"י פירש ב' פירושים:

א. דהו"א דפירות שביעית לאו ממונו הוא

ב. דלאכלה אמר רחמנא ולא לסחורה - והו"א דקידושין הם כסחורה בפ"ש.

ובר"ש (שביעית ח,ח) בפירושו למשנה "אין לוקחים עבדים ובהמה טמאה מדמי שביעית" הביא את לשון הירושלמי "א"ר יוסי זאת אומרת אסור ליקח אשה מדמי שביעית דלא דכן (דאל"כ) מה בין קונה אשה לקונה שפחה"

ובתוספות בקידושין ובע"ז (סב,א ד"ה נמצא) הקשו מהירושלמי, וכתבו שבגמרא קידושין ש"מ - דהמקדש בפירות שביעית מקודשת' היינו בדיעבד והשוו למקדש באיסורי הנאה 'מכרן וקידש בדמיהן מקודשת' בדעבד והכ"נ בפירות שביעית.

וביד דוד<sup>13</sup> הקשה על התוס' דסחורה בפירות שביעית אסורה מהתורה, וא"כ צריך להיות המקח בטל, כמוכר מעשר בהמה וחרמי כוהנים שהתורה אמרה שלא ימכור, ואם עבר ומכר בטלה המכירה - דאי עביד לא מהני?<sup>14</sup>

ומחלק בין קידושין בדמי שביעית לקידושין בפירות שביעית - וכן מוכח לשון הירושלמי המשנה והרמב"ם.

היינו שכל האיסורים לקנות בהמה טמאה ולקדש אישה וכד' אם לא ידע המוכר שהם דמי שביעית המקח בטל כיון שהמעות שבידו לא יצאו לחולין ודמי שביעית אינם מתחללין בשום אופן אלא על דבר אוכל.

אך בפירות שביעית אפשר לקנות בהם אף דברים שאינם בני אכילה כיון שהפירות עצמם אינם יוצאים לחולין על ידי המקח והמוכר או האישה יודעים איך צריך להתנהג בפירות שביעית.

ומוסיף לבאר בטעם החילוק, קדושת שביעית חלה רק על דבר שאכילתו וביעורו שווה, לדוגמה דבר ששימושו העיקרי רק להבערה כעצים (ההנאה

<sup>13</sup> פסקי הלכות יד דוד פ"ה ה"ג - אות נב נג

<sup>14</sup> עיי"ש שמעמיד הקושיה בין לרבא בין לאבבי באעל"מ ואכמ"ל.

המצויה מההבערה היא אחר כילוי העצים רק אז ניתן לאפות) לא חלה קדושת שביעית עליהם כלל.

וע"פ זה מבואר דכל שמקיים "לאוכלה" והקדושה נשאת בפירות הראשונים אין בו משום איסור סחורה אף שמחליף במידי שאין אכילתו וביעורו שווה, דכיון שהקדושה נשאת בפירות ויאכלם הרי נשאה הנאתו וביעורו שווה.

וכשמחליף פרי בפרי – הפרי השני נתפס בקדושה והוא "דמי שביעית" - וכל המגבלות האמורות ברמב"ם ובמשנה הם רק בדמי שביעית, שמחליף את הפרי השני או כשקונה בפרי שני בהמה טמאה וכדומה ולא מודיע למוכר שמוסר לו דמי שביעית, והפרי אינו יכול להתחלל על דבר שאין הנאתו וביעורו שווה המקח בטל.

כללו של דבר בפירות שביעית עצמם א"צ שיתחלל על דבר אחר - ולכן כשלוקח מידי דאכילה (או כסף) נתפס בהם קדושי"ש ושלוקח בהמה טמאה וכד' הפירות נשאים בקדושתן ולכן אין חסרון בכך.

דפ"ש ידוע לכו"ע שאין להם שום חילול ומתמצית להתקדש בהם כמו שהם ונ"ל דבהאי גוונא אין שום איסור סחורה כיון דהדבר שעליו קדושת שביעית נשאר בקדושתו ואינם רוצים לחללו כלל וכחילוק הזה כתבו תוס' ע"ז (סב,ב)

האיסור לקנות דברים אחרים שאינם מידי דאכילה או לקדש אשה הוא דווקא ב"דמי שביעית" דכיון שהקדושה פוקעת מפרי שני אסור להפקיע את קדושת הדמים אלא במידי דאכילה.

והוכיח מירושלמי (ריש מע"ש) שאם ידעו המוכר בהמה טמאה או האשה המתקדשת שהם דמי שביעית וידעו שהדמים נשאים בקדושתם, והסכימו לכך המקח קיים והדמים נשאים בקדושי"ש והבהמה חולין.<sup>15</sup>

וקושייתו דנימא אע"מ מיושבת, דהחילול או המקח אינו חל באופן שקונה ב'דמי שביעית' כשהמוכר אינו יודע הוא מדיני מקח טעות, ובאופן שסבר

---

<sup>15</sup> הפך סברת החזו"א. ועכ"ז כתב דאסור למכור לכתחילה שמה יוציאם לחולין ע"י חילול זה אבל בפירות שביעית שאין באפשרי לחללם אפשר לקנות בהמה טמאה ולקדש אישה כיון שאין בהם טעות וכו'.

וקיבל הדמים נשארם בקדושתם הרי לא חילל את הקדושה. (ואסור לכתחילה מחשש שמא לא ידע המוכר ויוציא הדמים שלא בקדושה) וכשמקדש אשה או קונה בפירות שביעית עצמם אין בזה איסור סחורה שהרי יאכלם המוכר או האשה בדרך שהנאתו וביעורו שווה ובקדושה. ובסוף דבריו כתב:

לדעתי נראה לפסוק הלכה למעשה דאין איסור לקנות בהמה טמאה בעד פרות שביעית בסתם, או אף בדמי שביעית רק שידוע לו הדין דאין מתחללין על זה ויודע המוכר דנשארו המעות שבידו בקדושה

16

ובדבריו מיושבים לשונות המשנה והרמב"ם שנקטו האיסורים הנ"ל דווקא ב"דמי שביעית".

#### ז. קשיים בהסבר היד דוד

היד דוד מסביר שחילופי פרי שני בבהמה טמאה נכלל באיסור סחורה כיון שהקדושה אינה נתפסת בבהמה טמאה דאין הנאתה וביעורה שווה, אך להחליף פרות שביעית בכסף מועיל.

ולכאורה קשה מסברת החזו"א דשווה כסף ככסף בכל מקום וא"כ מדוע לא תעבור הקדושה לבהמה טמאה בתורת שו"כ כפי שהיא עוברת לכסף?<sup>17</sup>

והוסיף היד דוד בסוגריים "זולת כסף שקונה בכל מקום ויכול לקנות ממנו דבר מאכל לכן (אף פרי שני) נתחלל עליו"

וצ"ע איך מועיל לקיים בזה דין לאכלה ולא לסחורה, הרי עיקר דבריו שלהוציא מאיסור סחורה צריך לקנות בדמים רק דבר שהנאתו וביעורו שווה.

ועוד כתב בתו"ד "ובדין דאין פורעין חוב מדמי שביעית הנשנה בפ"ח משנה ד' נראה דהכוונה דל"מ בשביעית עצמה שאין פורעין החוב אלא אפילו מדמיה

<sup>16</sup> ומציין שם בסו"ד שע"פ הרמב"ן בע"ז סב,א א אין הדין מוסכם.

<sup>17</sup> ואולי ילפינן מפדיון מעשר שני דמחללים על כסף (מ"מ גם במעש"ש מהני פירות בפירות לשיטת הרמב"ם מעשר שני ב,ג והראב"ד השיג דדווקא בדמאי או במע"ש בזה"ז).

נמי אין פורען זזה בכלל איסור סחורה האסורה בפירות שביעית כמבואר במשנה ג' פ"ז דשביעית<sup>18</sup>

ולא נתברר לי מה הזקיקו להידחק דאיסור פרעון חוב הוא גם בפירות שביעית, ולא רק בדמי שביעית, שהרי לסברתו היכא דמוסר פירות שביעית כתמורה ולא את דמיהם, הרי המוכר או המלווה יודעים שהפירות בקדושתם ולכן אין בזה בעיה של סחורה וכנ"ל בבהמה טמאה וקידושי אישה ומדוע לפירעון חוב יאסר בפירות שביעית?

שהרי לסברתו הבעיה בשימוש בדמי שביעית, היא דווקא במקום שנותן דמי שביעית ורוצה שתתחלל קדושת המעות ולכן בעיני דבר שהנאתו וביעורו שווה, אבל כשנותן את הפירות עצמם שידוע לכל שנשארים בקדושתם אין צריך שיהיה הנאתו וביעורו שווה ולכן מותר לקנות בהמה טמאה והבהמה חולין והפירות נשארים בקדושתם לכאורה הוא הדין בפורע חוב?<sup>19</sup>

#### ח. הסבר ע"פ הקו"ש – בעין ושווי

ונלע"ד ע"פ לשונות הרמב"ם והמשנה אכן אין איסור בפרעון חוב בפירות שביעית וכן האיסור לשלם לבייר ולספן וכל דינים אלו שייכים דווקא בדמי שביעית ולא בפירות שביעית.

אלא שהמושג 'דמי שביעית' הוא נרחב יותר ופעמים אף לפירות עצמם יש דין דמים וכפי שיתבאר.

נודע בשערים<sup>20</sup> מה שכתב הגרא"י הי"ד (קוב"ש פסחים אות יח) דלכל חפץ ישנם שני מימדים, ה'בעין' עצמות החפץ, ו'השווי' היינו הדמים של החפץ והרחיב שם לבאר שחלוקה זו אף יכולה להתקיים בבעלויות שונות. והסביר בזה כמה דינים עיי"ש.

ועפ"ד נראה לבאר שפירות שביעית אסורים בסחורה לשיטת הרמב"ם היינו בשווים כלומר יחס ושימוש בפירות בשווים היינו בדמיהם ולא ב'בעין' שבהם.

<sup>18</sup> היא משנת "הצובע צובע לעצמו וכו'" שהבאנו בראש הדברים.

<sup>19</sup> ולשון הרמב"ם בפ"ו הלכה י, יד 'שאין פורעים חוב בדמי שביעית'.

<sup>20</sup> והאיר עיני בביאור דבריו מו"ר הגאון רבי משה חיים דימנטמן שליט"א.

ולכן לשיטתנו פירות שביעית נמכרים אכסרא באומד או בהפסד ובלי שווי מדויק ובזה נפיק מידי איסור סחורה.

ומבואר שעיקר איסור סחורה הוא שימוש בפירות בשוויים ולא בבעין.

ולכן גם כשמשלם בפירות תשלומים שונים בתורת דמים דהיינו בשוויים ומייחס אליהם את מימד הדמים, אז נאסר גם השימוש בפירות עצמם מצד איסור סחורה והוא בלשון הרמב"ם "דמי שביעית" אף שהאיסור הוא גם בפירות שביעית כיון שבאופן זה הפירות נעשו כדמים.

### **ט. תשלום שכר מלאכה בפירות שביעית – שימוש בשווי הפירות**

ובזה נבוא לבאר לשונות הרמב"ם והמשנה.

משנה (שביעית ח,ה)

אין נותנים לא לבייר ולא לבלן ולא לספר ולא לספן אבל נותן הוא לבייר לשתות ולכולן הוא נותן מתנת חנם:

ובפשטות סברת איסורים אלו, דכיון ששביעית נתנה לאכילה ולשתיה בלבד, ובייר הוא חופר הבורות ומספק מים לבני העיר והשימוש במים הוא גם לכבוסה ושאר שימושים.

ובחזו"א (שביעית יג,יב) הקשה הרי מצינו בע"ז (סב,ב) דהני דבי רבי ינאי היו לוקחים פרות שביעית מגננים עמי הארץ, ועל מנת להמנע מלמסור דמי שביעית לעם הארץ היו פורעים להם בפירות שמינית.

ורואים שמותר לקבל פירות שביעית כתשלום לדבר אחר (דהיינו הגננים משלמים בפירות שביעית את הפירות שיקבלו בשמינית ובאופן זה אין קדושה בפירות שקבלו) אף שלא יותפס בו קדושת שביעית, כמו שפירות שמינית בהם פרעו את החוב לא נתפסו בקדושת שביעית.

ולפי זה מדוע אסור לשלם לספר או לספן בפירות שביעית עצמם ולקבל תמורתם את הפעולה של התספורת או ההפלה בספינה? ואפשר להוסיף שיש בכך יתרון הלכתי, מלמסור דמי שביעית לעם הארץ.

ניתן להציע את הקושיה באופן אחר, מדוע ליחס לפירות דין כתשלום לשירות, ניתן להתייחס לשירות כתשלום על הפירות? ובאופן זה הפירות נשארים בקדושתם והתשלום אינו נתפס בקדו"ש?

והוכיח מכך שאפילו הקפה טובה כעין הא דבי רבי ינאי, מותרת רק במידי דאכילה ושתייה. ולכן במים שלא היו בעולם מותרים חליפיהן כשנתן לו את המים לאחר זמן אף לכבוסה.

ויש להקשות על דבריו, דאם הקפה כעין זו מפקיעה את התשלום מקדושת שביעית, ובמים שיקבל יהיה מותר להשתמש אף לכביסה, וכן בפירות שמינית שקבלו הגננים אין קדושה כלל, מה מגביל לקבל תמורת הפירות אף דבר שאינו ראוי לאכילה כגון תספורת וספנות?

ונראה שסבר שבאופן שפוסק במידי דאכילה, כיון שהתשלום בפירות תמורת פירות היחס הוא לבעין של הפרות ולא מצד שוויים, משא"כ כשפוסק תמורת הפירות שכר פעולה, היחס לפירות הוא מצד השווי דתמורת פעולה יש לשלם סך מסויים – שכר שכיר ובזה הרי משתמש בפירות מצד הדמים היינו מימד השווי.

ובזה מיושב דלשון המשנה וסדרה דבמשנה ד' מבוארים האיסור וההיתר בשכר פועל בפרות שביעית והמשנה מסיימת "שאין פורעין חוב מדמי שביעית" ומשנה אח"כ היא משנתנו "אין נותנין מהם לא לבייר ולא לבלן" וכו' וכן לשון הרמב"ם דבהלכה י' מפרט את האיסורים בדמי שביעית ובהלכה י' "אין נותנים מהם לא לבלן ולא לספר" ומשמע דווקא בדמי שביעית.

ויש שפירשו<sup>21</sup> ברמב"ם דכ"ש פירות שביעית, אך להנ"ל נקט דווקא "דמי שביעית" דאיסורים אלו הם מצד איסור להשתמש בדמי שביעית בתמורתם או אף בפירות עצמם דשימוש באופן זה הוא שימוש בשווי היינו בדמיהן.

ומעתה מיושב מה שהקשינו לעיל על ה'פסקי הלכות', מדוע הוציא פרעון חוב מן הכלל, הרי גם בזה מבואר האיסור במשנה וברמב"ם דווקא "דמי שביעית"? ואחר שהוכיח דשרי לקדש אישה או לקנות בהמה טמאה בפירות שביעית, הרי גם בחוב קיימת הסברא דכיון שהפירות נשארים בקדושתם ולא יאסר לפרוע חוב בפירות?

ולהנ"ל כיון שפרעון חוב בסכום מסוים כגון בייר בלן וכד' שהסכום פסוק וקבוע הוא כחוב דמים ומילא גם תשלום בפירות נחשב כאיסור פרעון בדמי שביעית וכ"ש פרעון מלווה ממש.<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> עיין משנה אחרונה שם ובדרך אמונה.

## י. חוב תמורת אוכל – הפירעון בפירות נחשב דמי שביעית

במשנה (שביעית ח, ד)

לקח מן הנחתום ככר בפונדיון כשאלקוט ירקות שדה אביא לך מותר  
לקח ממנו סתם לא ישלם לו מדמי שביעית שאין פורעין חוב מדמי  
שביעית.

התנא באר אופני האיסור וההיתר בחילופי פירות שביעית, אך קשה שברישא  
מדובר שהקונה מבטיח לנחתום שיביא לו מירקות שדה, ובסיפא באופן  
האיסור נקט התנא ב'דמי שביעית' ולכאורה איירי בגוונא דרישא שנותן לו  
ירקות שביעית ולא דמים וא"כ מדוע נקט התנא לשון "דמי שביעית"?

ועו"ק דאם החילוף הוא כיכר בירקות כגוונא דרישא, מהו טעם האיסור הרי  
חילוף פירות שביעית באוכל מותר אלא שהאוכל נתפס בקדושת שביעית.

וברמב"ם בפירוש המשנה ביאר שכיון שלקח את הכיכר בהקפה בדמים ולא  
פירש שישלם לו בפירות הרי נזקף עליו כחוב "ואין פורעין חוב בפרות  
שביעית" ומוכח שהאיסור הוא גם בפירות שביעית.

ונראה דברישא לקח כיכר בפונדיון היינו כיכר ששוה פונדיון אבל לא אמר או  
קצץ פונדיון ואמר לנחתום 'כשאלקוט ירקות אביא לך' ולכך הוסיף הרמב"ם  
בהלכה (יד) תיבת "בו" כלומר אתן לך תמורת הכיכר ולא תמורת פונדיון  
(ולכך כתב הרמב"ם שנקט פונדיון "לפי מה שהיה ידוע אצלם שהכיכר  
בפונדיון" ולהורות שבלקחת הכיכר לא פסק חוב פונדיון אלא זהו המחיר)  
ולכן באופן זה מותר להחליף פירות שביעית באוכל והאוכל נתפס בקדושה  
כדינו, אך כשלוקח כיכר ופוסק מחירו בפונדיון ובא לשלם את דמי הכיכר  
בפונדיון בירקות שדה של שביעית, כיון שלא אמר שילקט לו ירקות תמורת  
הכיכר ויש לו רשות וכך מוסכם לשלם את מחיר הכיכר דהיינו פונדיון, באופן  
זה אף שהחוב הוא על כיכר הרי נזקף כל שווי כסף אחר, ולכן אסור לשלם

---

<sup>22</sup> נפק"מ לנידון באחרונים - משלוח מנות בפירות שביעית שיש שדנו לאיסור דכיון שהוא  
כעין חוב להחזיר למי ששלח לו הרי הוא פרעון חוב בפרות שביעית ולהני"ל נראה דכיון  
שאין החוב קצוב וברור כדמים אלא כעין נותנים זל"ז מתנת חינם אין בזה משום פורע  
חוב בדמי שביעית דאין דרך המקבל לשער המשלוח שקיבל בדמים קצובים אלא מחזיר  
משלוח מנות בלי קיצוב דמים.

## אף מפירות שביעית דבאופן כזה הפירות הם כדמים.<sup>23</sup> **דמי הפירות** **ודמי החליפין**

ברמב"ם פ"ו מביא הדין ששביעית תופסת דמיה בהלכה ז' מרחיב הרמב"ם ומדגים ע"פ לשון הברייתא בסוכה (מ,ב) אך בשינוי לשון.

כיצד לקח בפירות שביעית או בדמיהן בשר נעשה הבשר כאותן הפירות ואוכלו כפירות שביעית, וצריך לבער אותן בשעת ביעור השביעית, לקח באותו בשר או בדמיו דגים יצא הבשר ונתפשו הדגים, לקח בדגים או בדמיהן שמן יצאו דגים ונתפש שמן, לקח בשמן או בדמיו דבש יצא שמן ונתפש דבש, וצריך לבער הפירות הראשונות עם הדבש האחרון, כדרך שמבערין פירות שביעית, ואין עושין משניהם מלוגמא ולא מפסידין אותן כשאר פירות שביעית.

והנה הרמב"ם שינה מלשון הברייתא כפי שהובאה בגמרא שם והוסיף בכל שלב "או בדמיו" "או בדמיהן"

ובחזו"א (שביעית סי' י ס"ק יג) כתב ז"ל "ותיבות או בדמיו או בדמיהן הכתוב בכל פעם אין לו פירוש שדמיהן הוא ג"כ חילול וכיון שמכרן בדמים יצאו הן ונכנסו דמים ונראה דהוא ט"ס"<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> וניתן לבאר באופן אחר – המשנה פותחת בדין "האומר לפועל הילך איסר זה ולקט לי ירק היום שכרו מותר, לקט לי בו ירק היום שכרו אסור" ובירושלמי חז מ"ד דזו הלכה של עמעום, וחד מ"ד דברי שא נותן לו שכר רגליו כלומר אופן ההיתר ברישא הוא שכר ההליכה ולא חילופי הפירות ולכן אין שכרו מותר היינו אין באיסר קדושי"ש. ולפי"ז בסיפא בלוקח כיכר בפונדיון – הדין הוא כשפוסק כשאלקוט ירקות שדה אביא לך - מותר כיון שהירקות שביעית הם חילופי הכיכר, אך כשלקח ונזקף עליו חוב כיכר בפונדיון הרי הוא כמשלם שכר פעולת הנחתום בפירות שביעית וכל שכר פעולה חשיב דמים ולכן גם פירות הם דמי שביעית.

<sup>24</sup> שמעתי בשיעור מהגר"ש פישר זצ"ל (ונדפסו הדברים בבית ישי סימן ה) לישב דכוונת הרמב"ם לאסור ההקפה בפירות שביעית וזה ביאור ההוספה בכל שלב "או בדמיו" היינו בדמי המקח שהם חוב ג"כ נתפסת קדושי"ש ולפי"ז לשיטת הרמב"ם לא מועילה הקפה בסחורה בפ"ש להפקיע את הקדושה מהמעות והאריך להוכיח שהיא שיטת הר"י מיגאש (וא"כ יש באר את הגמרא ע"ז סב דהני דבי רבי ינאי שבפשוטות הוא היתר הקפה, באופן אחר ועיי"ש). ולדבריו יהיה הפירוש בדברי הרמב"ם כך: שלב א' "לקח בפירות שביעית בשר - או בדמיהן" היינו שהשאיר חוב אצל החנווני והחנווני כעת לוקח בשר מהקונה בחובו, נתפס על הבשר קדושה שנקנה בחוב "דמי שביעית", שלב ב' לקח באותו בשר או בדמיו דגים – החליף את הבשר בדגים 'או בדמיו' היינו בחוב שכנגד הבשר? והרי כבר את הבשר לקח בחוב הפירות ולכן נתפס בבשר קדושת שביעית וא"כ איך יצויר שלב ב' וגי' והתעוררתי לקושיה לאחר הסתלקותו ולא זכיתי לשאול. אך נראה בפשוטות ע"פ המאירי סוכה שם שהביא ג"כ כלשון הרמב"ם ופירש שכיון שפרי שני מתחלל אף בדרך חילול ולא דווקא בדרך מקח א"כ פירוש הדברים משלב ב' הוא שהמוכר חילל את הבשר

ואחר בקשת הרשות נראה אולי לפרש כדרך שפירש הר"ש לקמן במכירת בכור (שביעית ז, ד):

לקח בכור בעל מום למשתה בנו או לאכול לרגל מותר למוכרו ואף על גב דמחזי כסחורה ובתוספתא (פ"ה) קתני ר' אומר אומר אני לא ימכרנו אלא לדמיו כלומר בדמים שקנאו שלא ירויח בהן כלום.

ולפי"ז יתבאר לשון הרמב"ם דבכל מקום שנמכרים פירות שביעית וכן חליפיהם דגים שמן דבש - נתפסת הקדושה בדמיהן בלבד.

דהיינו כיון שאסור להרויח בפירות שביעית, א"כ שקנה דגים בבשר נתפסת הקדושה בדגים, או בדמי הבשר - שמוכר את הבשר ברווח כפול ממה שקנה בפירות שביעית או בדמיהן נתפסת הקדושה בכל דמי הבשר ולא רק כנגד השווי של הפירות וכן הלאה מכר את הדגים כבר ברווח משולש וקנה בדמיהן שמן נתפס כל השמן שקנה בדמי הדגים.

וא"כ דין הפירות כדין דמיהן היינו אף שהחליף פירות בבשר באופן המותר, הדין שווה להחליף בדמיהן, ולכן בהלכה זו "לקח בפירות" אף שפרי ראשון שנשאר בקדושתו שרי רק במידי דאכילה כיון שהוא מחליף את הפרי או בדמיו כלומר בקציצה של שווי הפרי.

משא"כ שמקדש אישה או קונה בהמה טמאה בפירות שביעית ואינו קוצץ את שווי האשה או את הבהמה אין דין הפירות כדמים, כיון שהפרי ראשון נשאר בקדושתו מותר.

לכך את האיסור לקנות בהמה טמאה וכד' כתב הרמב"ם בדמי שביעית ולא בפירות שביעית שעיקר האיסור הוא כשעושה שומא וקוצץ את התמורה בפירות או בדמי שביעית.

ואת אופן ההיתר לקנות מידי דאכילה כתב הרמב"ם בין בפירות בין בדמיהן, להורות דמידי דאכילה מותר לקנות אף בדמי שביעית.

### **יב. פירות שביעית כדמי שביעית – לענין הדלקת הנר**

---

בדמים בביתו בלי מקח ואח"כ לקח בהם דגים וזה "או בדמיו" לפי"ז רק לשלב הראשון היינו חילול הפירות עצמם אנו נצרכים לביאור הגר"ש פ"ש זצ"ל ויתפרש כך בשלב הראשון בדמיהן היינו בדרך שיכול לעשותן דמים וזה רק בחוב ובשלב הבאים יכול לעשות בדרך חילול וא"צ לחוב.

בדמי שביעית ישנה חומרא (בנוסף לחומרא שנתחדשה בדברינו לעיל) והיינו דבפירות שביעית בדבר הראוי למאכל בהמה מאכילין לבהמה, וכן בדבר הראוי להדלקת הנר מדליקין את הנר.

אבל במוכר פירות שביעית אף שמכר דברים הראויים לבהמה או להדלקת הנר, בדמים מותר לקנות רק מאכל אדם.

ולכך אם החליף שמן - הראוי להדלקת הנר ולקח בדמיו שמן ואף אם החליף שמן שביעית בשמן של שישית אסור להדליק כדין כל מאכל הנקנה בדמי שביעית והוא דין המובא בתוספתא (פ"ה ה"ג) והביאה הר"ש (פ"ז מ"ב)

ק"ו לדמיהם - בתוספתא קתני דאחדר להו ר"מ מחמיר אני בדמים מבעיקר שהשמן של שביעית מדליקין בו מכרו ולקח בו שמן אחר אין מדליקין בו וטעמא משום דפרי ושמן מינכר ולא אתי לעשות בהן סחורה ובירושלמי (פ"ז ה"א) מייתי לה ומסיק עלה ר' אמי בשם רבי יוחנן החליף שמן בשמן שניהן אסורין כלומר אסורין להדליקן ושמא משום דמיחלפי אהדדי

וקשה תינח השמן שהוחלף קיבל דין דמי שביעית ונאסר בהדלקה<sup>25</sup> אך השמן שהוא הפרי ראשון שנשאב במעמדו, מדוע החמירו לאוסרו כדמי שביעית?

ואכן הר"ש הסביר "ושמא משום דמיחלפי אהדדי" - אך טעם זה צ"ע דא"כ כל החלפת פירות הראויים למאכל בהמה יאסרו כחילופיהן - (שהם דמי שביעית) למאכל בהמה?<sup>26</sup>

ובלשון הרמב"ם (פ"ה ה"ח) נראה שהוא מטעם אחר.

וז"ל:

להדלקת הנר כיצד, שמדליק את הנר בשמן שביעית עצמו, מכרו ולקח בו שמן אחר או שהחליף שמן בשמן שניהם אסורים בהדלקה, שאין מדליקין בדמי שביעית.

<sup>25</sup> בבאורי הגר"א לירושלמי פירש שאף בחליפי שמן מותר להדליק וכל החומרא "מחמיר אני בדמיו" הוא בדמי שביעית סתם ולא בדמי שמן - "דמה גרע מהשמן הראשון" ובירושלמי גרס אחרת ובשבת הארץ פסק כדעת הגר"א. ובמנחת אברהם ח"א סימן יח אות ו' דימה הדלקת הנר בשמן שביעית להיתר סיכה בשמן מעשי"ש דהוא בגדר היתר ולא מצוות אכילת מעשי"ש ולכן אין לוקה על סיכה מחוץ לחומה וכנ"ל לעניין הדלקה בשמן שביעית הוא היתר ולכן מותר רק לבעלים ולא למחליף.

<sup>26</sup> ושמא יש לחלק דשמן ראוי להדלקה ולמאכל משא"כ במאכל בהמה.

ומפורש דטעם האיסור הוא "שאיין מדליקין בדמי שביעית"

בפני משה (ירושלמי שם) פירש דווקא שהחליף שמן שביעית בשמן שביעית, ולכך כל אחד נעשה דמי השני ונאסר כדמי שביעית.<sup>27</sup>

ועפ"ד יבואר הדין 'החליף שמן בשמן', אך הדין הראשון מכרו ולקח בו שמן אחר – עדיין קשה מדוע החמיר בשמן הראשון שאסור להדליק בו.

ובאבי עזרי (שם) ביאר

ואפשר לפרש הפירוש החליף שמן בשמן היינו שמן שביעית בשמן חולין שהרמב"ם לא מזכיר שהיה שמן של שביעית, אלא איירי אף בשמן חולין ומ"מ שניהם אסורים שהוא כמו שהשמן של חולין הם דמיו של שמן שביעית שוב חזר הדבר הרי שביעית תופס דמיו ואחרי שהחליף שנעשה גם החולין שביעית שוב השביעית הם דמי השמן שנתפס בקדושת שביעית, שכל אחד ואחד הוא תמורת השני ולכך שניהם אסורים מטעם שאין מדליקין בדמי שביעית ולפירוש זה גם בצירור הראשון מכרו ולקח בו שמן אחר הרי הדמים נתפסין בקדושת שביעית שוב השמן עצמו גם כן תמורת הדמים, גם השמן עצמו אסור בהדלקה. ואף אם לקח בו בדמיו שמן אחר שהם נתפסו בקדושת שביעית גם השמן הראשון תמורת הדמים ותמורת השמן שקנה בהדמים וע"כ שניהם אסורים.

וכוונתו דבכל מקח בפירות שביעית הדמים נתפסים בקדושה ולכך גם חליפי הדמים היינו הפירות עצמם חוזרים ומקבלים דמי שביעית כיון שהם חליפי הדמים.

וצ"ב איך חוזרים הדמים ואוסרים באיסור נוסף את הפירות כיון שלא עשה שום פעולה נוספת בדמים. ועוד קשה הרי זה כעין גלגל, הנאסר חוזר ואוסר מפני שהוא חליפיו?

---

<sup>27</sup> בחלקת יואב חו"מ סי' יז דן בשיטת ר"ת דחליפי שוה בשוה נלמד מקרא "על התמורה" ויצא לדון בדבר חדש: בחליפי שוה בשוה. מהי הסחורה ומהו התשלום האם משיכת החפץ הראשון היא משיכת הכסף ובכה"ג לא גזרו שמא יאמר לו נשרפו חיתוך בעליה וזו שיטת הפני"י (ב"מ מז, א), והחלקת יואב נקט שמשיכת הראשון היא משיכת הסחורה והיא מחייבת בתשלום החפץ השני כיון שפסק לו בשתמורת השור יתן לו חמור ובכה"ג החמור הוא הכסף. ולכאורה לפ"ז בהחליף שמן בשמן היינו חליפי שוה בשוה באנו למחלוקת הפני"י והחלק"י מה נחשב כדמי השמן האם הראשון שנמשך או השני שנקנה תמורתו. ואפ"ל דכל זה בחליפי שוה בשוה כעין שור וחמור שהם שני חפצים שונים אבל בשני חפצים שונים לא ניתן ליחס לאחד את הסחורה ולשני את תמורתו, אלא שניהם סחורה ושניהם כסף כנלע"ד ודו"ק.

ונראה לבאר בכוונת האבי עזרי כנ"ל דשימוש בשווי הפירות נותן לפירות דין "דמים" כלומר היא תוצאה ישירה של יחס אל שווי הפירות, ולכן גם השמן הראשון נאסר בהדלקה.

ונראה שהם דברי האור שמח (שם):

נראה טעמו דבשביעית אסור בסחורה, רק כשמוכר מעט ולוקח בהן מאכל לא מיקרי סחורה, וכאן שמכר פירות שביעית היינו השמן, ובדמיו לקח שמן להדליק הנר הוי סחורה, כיון שלא ניקח לאכול, אף דאצל הבעלים השמן ניתן להדליק, בכ"ז כיון שיצא מרשות בעלים ודרך מכר במחיר תו אם ידליקו בו הוי סחורה, כן סברתו.

והן הן הדברים דשימוש בשווי הפירות (או בשימוש אחר שאינו אכילה אלא הדלקה) וכיון שרצה להחליף בשמן להדלקה היא פעולה האסורה בשויות השמן ולכן חוזר דין "דמי שביעית" אף על השמן הראשון.

## שיטת החינוך בדין כפיה על המצוות

### כופין על אכילת הפסח אף שאינו נהנה מאכילה זו

ספר החינוך בסוף מצוה ו (אכילת בשר הפסח) כותב: "וכלל גדול בכל התורה לכל שאומר שיבטל מצות עשה, שכופין אותו בית דין, אם יש כח בידם, עד שיקיימו". המנחת חינוך מקשה מדוע החינוך הביא את דין כפיה על מצוות עשה רק במצוה ו הרי חמש מצוות קדמו למצוה זו וארבע מתוכן הן מצוות עשה. אמנם מצוה ג' היא לאו (לא לאכול גיד הנשה) וייתכן וכפיה על לאוין שונה מכפיה על מצוות עשה, אבל מכל מקום היה לו לכתוב זאת באחת מארבע מצוות העשה שקדמו, שהן פרו ורבו, מילה, קידוש החודש והקרבת פסח. המנ"ח מיישב שהסיבה שהחינוך המתין עד מצוה ו' היא משום שבמצוות הקודמות אין חידוש שכופין עליהם, כי אין בהם חסרון אם מקיים את המצוה בכפיה מאחר שלבסוף המצוה מתקיימת, יש לו בניס, הערל נימול, החודש מקודש וקרבת הפסח קרב, מה שאין כן במצוות אכילת הפסח כאשר כופין אותו לאכול פסח אינו נהנה והוא שלא כדרך אכילה<sup>1</sup> או שיש חיסרון בזה שלא התכוין למצוה.<sup>2</sup> לגבי חסרון הכונה מפנה המנ"ח לרמב"ם בהלכות גירושין (ב, כ) שראינו בשיעורים הקודמים, שמסביר מדוע אין חסרון כשמקיים את המצוה בגלל הכפיה ולא כיון לשם מצוה.<sup>3</sup>

המנחת סולת מציע כיוון אחר ליישב קושיית המנ"ח (ובאופן דומה כתב האור שמח בהלכות מילה א, ב). לדעתו, החינוך לא כתב על הכפיה במצוות הקודמות כי על מצוות אלו אכן אין לכפות. לגבי מצות פרו ורבו הרמ"א בסי

---

<sup>1</sup> חידוש להחשיב אופן זה כ'שלא כדרך' כי מצד החפצא וגם פעולת הגברא האכילה היא רגילה.

<sup>2</sup> יש לעיי בכוונתו שבמצוות אכילת פסח יש חידוש שיש בה חיסרון שבגלל הכפיה לא התכוין למצוה, לכאורה גם בשאר המצוות שמקיים על ידי כפיה יש חידוש שכופין למרות שמצוות צריכות כוונה, ובכל המצוות צריך לדברי הרמב"ם על מנת להסביר מדוע אין בעיה של חסרון בכוונה.

<sup>3</sup> הרב מרדכי פרום בספרו תורת הלוי על החינוך דוחה את הסברו של המנ"ח משום שאין חידוש בזה שכופין אדם לאכול כדי לקיים מצוה, שכן הדבר מפורש בגמרא ברי"ה (כח) שאומרת בפרוש שכופין על אכילת מצה, אם כן מה החידוש שהשמיע החינוך שאפשר לכפות על אכילה.

א כותב שנהגו לא לכפות על פרו ורבו (ע"ש), על מילה וקרבו פסח אין כופין כי יש בהם כרת ואין כופין על מצוות שיש בהם כרת, בדומה למצוות עשה שמתן שכרם בצידן שאין כופין עליהם מהטעם שפירש רש"י בחולין שמתן השכר אמור להיות דחף לקיים את המצוה ולא כפיית בית דין, כך גם במצוות שיש עליהם עונש כרת אין כופין עליהם (כי די בעונש הצפוי להוות כפיה). ולגבי קידוש החודש אי אפשר לכפות כיון שאם בית דין הגדול לא מקדש אין מי שיכפה אותם.<sup>4</sup>

סברת המנחת סולת שאין כופין על מ"ע שיש בהם כרת דומה לסברה שהובאה בשיעור הקודם בנוגע למ"ע שמתן שכרה בצדה, ולפיה, יש מקום לחלק בין מי שאינו יודע ספר ואינו מודע לשכר לבין מי שידוע לו על כך. הדעה החולקת סבורה שאפיון מצוה כמ"ע שמתן שכרה בצדה מחריג אותה מכלל המצוות שכן לכל מצוה יש שכר אלא שלא נדוע מהו וכאן כתבה התורה שכר ללמד שאין כפיה (כסימן ולא כסיבה) וה"ה במ"ע בהן יש כרת, זה העונש שגזרה חכמתו יתע' לעובר באלה ואין להסיק מכך שאין כאן מקום לכפיה וכדו'.

### **כפייה על המצוות בשבת**

האחרונים דנו האם בית דין כופין על המצוות בשבת ויו"ט. הפרי מגדים בפתיחה הכוללת מצדד שכופין גם בשבת ויו"ט אולם המהר"ם שיק סובר שאין כופין. ר' מאיר דן (בעל הכלי חמדה בספרו חמדת ישראל) מביא ראיה מהגמרא בכתובות (פו, א) שאומרת "במה דברים אמורים במצוות לא תעשה, אבל במצוות עשה כגון אומרים לו עשה לולב ואינו עושה סוכה ואינו עושה מכין אותו עד שתצא נפשו", ר' מאיר דן מדייק שכתוב בדוקא סוכה ולולב ולא על מצות אכילת מצה משום שעליה כלל אין כופין כיון שמצוותה ביו"ט, וביו"ט אין כופין על המצוות. יש להעיר שהחינוך שראינו לעיל כתב שבית דין כופין על המצוות כבר משעה שהאדם אומר שלא יעשה את המצוה ולא רק בזמן מצותו, אם כן לדבריו יש אפשרות לכפות אדם על מצוה אף אם אין כופין ביו"ט, וכגון שאדם אומר לפני פסח שהוא לא יאכל מצה בליל הסדר, שלדברי החינוך במקרה כזה נכפה אותו כבר מערב חג, אם כן לפי זה כבר אין דיוק מהגמרא בכתובות שלא הזכירה כפייה על מצות אכילת מצה כי אף אם

---

<sup>4</sup> יש לעיין בכונת המנחת סולת, שבמקרה שבית דין לא מקיימים מצוה אין מי שיכול לכוף אותם לקיים.

תאמר שאין כופין ביו"ט מכל מקום יש מציאות של כפיה על מצות אכילת מצה לפני החג. על פי זה מבאר הרב פרום (בספרו תורת הלוי) שהסיבה שהחינוך כתב את הכפיה על המצוות רק במצות אכילת הפסח היא כדי להשמיע לנו חידוש שכופין על המצוות ואפילו ביו"ט וממילא הוא הדין שכופין בשבת.

רבינו יונה בספרו שערי תשובה (שער ג) כותב וז"ל: (אות ד) "ועתה נבאר חומר המצוות והאזהרות וחילוק העונשים וכו', (אות יא) עתה נבאר עונש חומר ביטול מצות עשה, אמרו רבותינו ז"ל אם יאמרו לו לעשות סוכה ולולב ואינו עושה מכים אותו עד שתצא נפשו", מדברי רבינו יונה רואים שכפיה על המצוות היא בגדר עונש, ולפי זה יש מקום גדול לשאלה האם כופין בשבת ויום טוב.

### בית דין יכולים לכפות אך אינם מחויבים

תוס' (ב"ב ח, ב) הקשו כיצד כופין על מצות צדקה הרי היא מצוה שמתן שכרה בצידה, והבאנו שהאחרונים הקשו מדוע תוס' הקשו רק אחרי המעשה שרבה כפה את ר' נתן ולא על דברי רב נחמן שאמר שממשכנים ואפילו בערב שבת, וראינו כמה תירוצים. בסוף ספר דברי אליעזר (לרבי אליעזר יהודא פינקל ראש ישיבת מיר) יש קונטרס מתורתו של גיסו הרב אברהם צבי קמאי בשם זכור לאברהם, ובסימן י רא"צ קמאי מעלה כיוון נוסף מדוע תוס' הקשו רק על המעשה של רבא ור' נתן: בתשובות המיוחסות לרמב"ן תירץ את קושיית תוס' שעל מצוות עשה שמתן שכרה בצידה בית דין לא מחויבים לכפות אבל רשאים לכפות.<sup>5</sup> נחלקו האחרונים איך לפרש דברים אלו, האם כוונתם שעל מצוות עשה שמתן שכרם בצידם בית דין צריכים לכפות אבל אם לא כפו לא מענישים את בית הדין על כך שלא כפו, או שהכוונה שאין בית דין צריך לכפות אבל הם רשאים לכפות אם הם רוצים, על כל פנים יוצא לשיטתם שגם על מ"ע שמתן שכרה בצידה בית דין רשאים לכפות.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> ושמה זו כוונת תוס' בתירוצם האחרון. תוס' כותב שבי"ד לא נענשים, מבואר שעליהם לכוף אבל אם לא עשו כן פטורים מענש וע"י מהר"ם בדעת תוס' ושי"ך חו"מ קז.

<sup>6</sup> יש לעי' עוד בסברא שבתירוצו זה, כי אם מטרת בית הדין היא להעמיד את הדת על תילה, אם כן מה הסברא שיש דברים התלויים ברצון הבית דין. ועוד היכן מצינו פעולות שהן רשות לבית הדין. ור' שמואל כתב שכיון שאיכא מתן שכרה בצדה אין בית הדין יכולים לכוף מדין ביי"ד שמכים בכפיה לקיים מצוה אלא רשאים להכות מדין אפרושי מאיסורא כמו כל אדם שמכה לאפרושי מאיסורא ומשו"ה מכים רק הכאה בעלמא ולא עד שתצא נפשו ולפי"ז יוצא חידוש שגם בכבוד אב שליכא לאו אלא עשה שייך לאפרושי מאיסורא.

### **שליחותייהו קעבדינן שייך רק בדינים בהם בית דין מחוייב לכפות**

החינוך כותב שבזמן הזה לא כופין על המצוות כי ידינו לא תקיפה. לשיטת קצוה"ח שבשביל לכפות צריך בית דין יש לכאורה מניעה אחרת מלכפות והיא מצד שאין בזמן הזה בית דין סמוכים, אבל רא"צ קמאי כותב שעל חסרון זה אפשר להתגבר כיון שיש דין של "שליחותייהו קעבדינן" וכך אפשר לכפות בזמן הזה (אילו ידינו היתה תקיפה). רא"צ קמאי מחדש ששייך לומר "שליחותייהו קעבדינן" רק על מה שהראשונים היו חייבים לכפות, אבל מה שהיה תלוי ברצון הדיינים אם לכפות אין את הדין של שליחותייהו קעבדינן. ייתכן ולפי דברי הזכור לאברהם יתחדש שהיום לא עושים שודא דדייני, שפירושו שהדיין עושה כראות עיניו, כי אין על זה את הדין של שליחותייהו קעבדינן.

על פי זה מסביר הזכור לאברהם מדוע הקשה תוס' רק על המעשה של רבא ולא על דברי רב נחמן, משום שהיה אפשר לומר שכל מה שרב נחמן אמר שממשכנים על הצדקה זה משום שבית דין סמוכים יכולים להחליט לכפות על הצדקה אף שאינם מחוייבים לכפות (כיון שמתן שכרה בצידה), אבל בזמן הזה אין כופין כלל על מ"ע שמתן שכרם בצידה כיון שב"ד אינם מחוייבים לכפות ובכהאי גוונא אין דין שליחותייהו קעבדינן, ונמצא לפי זה שלכאורה על מצות צדקה אין כופין בזמן הזה. כל זה היה מתרץ המימרא של רב נחמן שממשכנים על הצדקה, אבל את המעשה שרבא כפה את רב נחמן והמעשה היה בזמן הזה לכן תוס' התעוררו לשאול איך כפה הרי זו מצות עשה שמתן שכרה בצידה.

### **כפייה משום שעבוד על המצוות**

הזכור לאברהם מציע אפשרות נוסף. דברי רב נחמן שממשכנים על הצדקה ניתנים להבנה גם לא מצד כפייה על המצוות אלא משום שיעבוד נכסים, לכן תוס' הקשה דוקא על רבא שסי"ל שיעבודא לאו דאורייתא ולא ייתכן שרבא כפה משום שיעבוד נכסים על כן הקשו רק על דברי רבא וכנ"ל.

## עד היכן כוחו של מיופה הכוח?

האם מייפה כוח יכול למנוע מעשה של המיופה, מבלי לבטל מינויו?

### ראשי הפרקים

- א. האם פעולת מיופה הכוח מותנית בהסכמת המייפה אף שהמינוי לא בוטל?
- ב. הסוברים שמשלח יכול למנוע את תכלית השליחות
- ג. הסוברים ששליח יכול לבצע את שליחותו אף ללא הסכמת המשלח
- ד. ביאור צדדי השאלה אם המשלח יכול למנוע את תכלית השליחות
- ה. חזרה המשלח תוך כדי דיבור לפעולת השליח
- ו. התנגדות המשלח משולה לביטול השליחות
- ז. מינוי מורשה
- ח. מינוי אפוטרופוס

### א. האם פעולת מיופה הכוח מותנית בהסכמת המייפה אף שהמינוי לא בוטל?

במקרים רבים אדם אינו יכול או אינו מעוניין לבצע פעולה מסוימת בעצמו. על כן הוא ממנה מיופה כוח אשר יבצע זאת במקומו, במטרה שחלולת הפעולה תיזקף על שם הממנה. מייפה הכוח יכול לחזור בו מהמינוי. שאלתנו היא במקרה, שהממנה לא מבטל את המינוי, אך למעשה מתנגד לחלולת הפעולה, האם בכוחה של התנגדות זו לבטל את חלולתה? נתייחס לשלושה סוגים שונים של מיופה כוח – שליח, מורשה ואפוטרופוס.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> כיום נהוגים מיופי כוח נוספים. על הגדרתו ההלכתית של 'נאמן' ראה באריכות - 'נאמנות בנכסים' (חוק לישראל), ומכתב הגר"א וייס שם עמ' 641. על 'כונס נכסים' ראה פסקי דין של בתי הדין הרבניים בישראל, כרך כ עמ' 178-192.

## ב. הסוברים שמשלח יכול למנוע את תכלית השליחות

משנה גיטין פ"ג מ"א: "השולח גט לאשתו והגיע בשליח... ואמר לו גט שנתתי לך בטל הוא הרי זה בטל". הגמרא (לב,א) מדייקת מלשון המשנה 'והגיע', שלא ניתן לגרש את האישה אפילו במקרה שהבעל פגש את השליח שלא במכוון, ואז ביטל את הגט. הגמרא מוסיפה שהאמור בא למעט הבנה אחרת - ולא אמרין לצעורה הוא דקא מכוין'.

רש"י (ד"ה ולא) ביאר: "אין בדעתו לבטלו אלא לצעורה בעלמא חדש או חדשים". משמעות דבריו היא, שבמקרה זה, ההוא אמינא הייתה שהבעל אינו מעוניין לבטל לגמרי את השליחות. כל כוונתו היא שאינו רוצה בגירושין, למיצער בשלב זה. בשל כך הוצרכה הגמרא לומר שהבעל לא התכוון רק למנוע את הגירושין אלא התכוון לבטל לגמרי את הגירושין - לבטל את עצם השליחות.<sup>2</sup>

על כך כותב הרשב"א (ד"ה גמרא הגיעו):

ותמיהא לי דא"כ מאי נפק לן בין שמתכוון לבטלו או לצערו ולעכבו מליתנו עכשיו, דבין כך ובין כך אינו רשאי ליתנו עד שיאמר לו לשליח עכשיו אני רוצה ליתנו דאטו מי שלא בטל שליחותו לגמרי אלא שאמרו לו איני חפץ ליתנו עדיין מי יהיב עד שיחזור ויאמר לו עכשיו אני רוצה.

הרשב"א תמה שאם ההוא אמינא היא כפירוש רש"י, אין הבדל בין ההוא אמינא למסקנה. בשני המקרים השליח אינו יכול לתת את הגט לאישה, כיון שהבעל אינו חפץ לגרשה!<sup>3</sup>

העולה מדבריו שאף במקרה שהשליח מונה כראוי, ובידיו כבר מונחים הכח והסמכות לגרש את האישה, תוקף פעולת השליח מותנית ברצון הבעל. על כן

<sup>2</sup> משמעות דברי הבעל הם ביטול השליחות - ע"פ דברי רב נחמן - ראה בהערה הבאה.

<sup>3</sup> להלן לב ע"ב האמוראים חלוקים בנדון שבו הבעל ביטל לגמרי את הגירושין (לא רק לעכבם), ולאחר מכן חזר בו הבעל וחפץ לגרשה, אם ניתן לגרשה בגט עצמו או שיש צורך להכין גט חדש. לדעת רב ששת הסובר שצריך להכין גט מחדש, ניתן לומר שזהו ההבדל בין מקרה שבו הבעל התכוון לחזור בו לגמרי מהגירושין, לבין מקרה שהוא רק התכוון לעכב את הגירושין. במקרה שהתכוון לבטל את הגירושין יש צורך להכין גט חדש. בעוד שבמקרה שרק התכוון לעכב את הגירושין אין צורך להכין גט חדש, שהרי לא התכוון לבטל את הגט עצמו. אמנם הרשב"א דוחה נפקא מינא זו כיון שההלכה היא כרב נחמן שניתן לגרש בגט עצמו אף במקרה שהתכוון לבטל את הגירושין. העולה מדברי רב נחמן משמעות דברי הבעל "גט שנתתי לך בטל" אינו ביטול הגט אלא ביטול השליחות (עין רש"י שם ד"ה או).

עד היכן כוחו של מיופה הכוח?

סמכות הגירושין נותרת בידו, אף במקרה שהוא אינו מבטל את עצם השליחות, אלא רק חוזר בו ומתנגד לתכלית השליחות.

כך למדו רבים בדעת הרשב"א.<sup>4</sup> האמרי משה (השמטות סימן כא ד"ה במש"ל) הטעים את הדברים: "הנה לבד כי זה נראה פשוט מצד הסברא דאף דמעשה השליח כמותו לא עדיף מהבעל בעצמו כשכופין אותו לגרש דלא מהני. ועל הרצון לא שייך שליחות, שיהני רצון השליח כרצון המשלח אף שהשליח אינו רוצה".

כדי לתרץ את רש"י, הציעו האחרונים מספר השלכות מעשיות שונות בין מקרה שבו הבעל חזר בו לגמרי מרצונו לגרש ומעוניין בביטול השליחות, לבין מקרה שבו הבעל רק מתנגד לתוקפם (לפחות בשלב זה):

לאחר מספר חודשים, במקרה שבעל ביטל את הגירושין לגמרי, ניתן להשתמש בגט רק אם הבעל אומר בפירוש שהוא רוצה לגרשה. בעוד שבמקרה שבו הבעל רק מתנגד לתוקפם, ניתן לגרשה אף בלי ציווי מפורש, משום שמסתמא אין דעתו להמשיך ולצערה (אליה רבה גיטין שם).

הדעות חלוקות אם מינוי שליח להולכת הגט צריך להתבצע בפני שני עדים.<sup>5</sup> לסוברים שצריך שני עדים, במקרה שהבעל התכוון לבטל את הגירושין, לכשישוב הבעל וירצה לגרש את האישה - יהיה צורך שוב בשני עדים. בעוד שבמקרה שבעל רק התכוון לבטל את תוקפם אין צורך בשני עדים, שהרי השליחות עצמה לא בוטלה על ידו.<sup>6</sup>

השליח מינה שליח אחר במקומו, שהוא זה שימסור לאישה את הגט. במקרה שהבעל התכוון לבטל את הגירושין, אין שום משמעות למינוי זה, שהרי השליח הראשון כבר אינו שליח, ואינו יכול למנות אחר במקומו. בעוד

---

<sup>4</sup> אמרי משה להלן; דברי יחזקאל סימן לו אות ט; חידושי הגרי"י, א, גיטין סימן ח אות ג - נדפס בתחילה בקובץ "הנאמן", ט, שבט אדר (תשי"ח); מנחת שלמה, א, סימן עו ד"ה ומיהו, וראה להלן.

<sup>5</sup> ראה טור ושולחן ערוך אבן העזר סי' קמא סעיפים יא, יג.

<sup>6</sup> חידושי רע"א גיטין שם ותוס' רע"א גיטין פ"ד מ"א אות לג; חידושי המהר"ם שיק גיטין שם; חידושי כתב סופר גיטין שם ד"ה והנה; הגהות תפארת יוסף שם - דפוס וילנא. חלקם מוסיפים שכל מחלוקתם של רש"י ורשב"א אינה אלא בשאלה אם מינוי שליח להולכה צריך להיות בפני ב' עדים. רש"י סובר שיש צורך בב' עדים ויתרץ כ"ל. אמנם הרשב"א לשיטתו (שם ד"ה ירושלמי) שאין צורך בב' עדים, ולכן שפיר הקשה על רש"י.

שבמקרה שהבעל רק התכוון לעכבם, מעמד השליח הראשון עדיין נותר בעינו, ועל כן הוא יכול למנות שליח במקומו.<sup>7</sup>

תוס' (לג ע"א ד"ה רבי) צדדו שאף ביטול בפני השליח צריך להיעשות בפני ב' עדים משום דבר שבערוה. עם זאת, אין הדברים אמורים אלא במקרה שהבעל חזר בו כליל מהרצון לגרש. לא כן במקרה שהבעל עדיין מעוניין באופן כללי בשליחות ורק עתה אינו חפץ בקיומם, שאז אין צורך שההודעה לשליח תיעשה בפני ב' עדים. (חי' רע"א שם).

השליח הספיק למנות שליח שני עוד לפני דברי הבעל. במקרה שהבעל התכוון לבטל את השליחות, השליח הראשון אינו יכול לשוב ולבטל את מינוי השליח השני, כיון שכבר פסקה שליחותו והשליח השני הוא שעומד במקום הבעל. בעוד שבמקרה שהבעל לא התכוון לבטל את עיקר השליחות, יכול השליח הראשון לבטל את מינוי השליח השני. טעמו של דבר שכיון שלא פסקה שליחות הראשון לגמרי - ביחס לשני - נחשב השליח הראשון שווה ערך לבעל.<sup>8</sup>

יש הסוברים ששליח הולכה צריך לקבל את הגט מידי הבעל בעצמו, שאם לא כן יש כאן חסרון מדין 'טלי גיטיך' (גיטין כד ע"א).<sup>9</sup> בהתאם, במקרה שהשליחות בוטלה לגמרי, אם לאחר מכן ירצה הבעל לשוב ולמנותו, הוא צריך לקחת מחדש את הגט מידי השליח ולאחר מכן למוסרו לו.<sup>10</sup> לא כן במקרה שהשליחות לא בטלה, שאין צורך בהחזרה זו, כיוון שמספיקה המסירה הראשונית.<sup>11</sup>

תהא אשר תהא הנפקא מינא בין שני המקרים, העולה מהדברים הוא, שבמקרה שהבעל משאיר את מינוי השליחות על כנו ורק אינו חפץ בתוקף הגירושין, אף רש"י מודה שלמעשה השליח אינו יכול לגרש את האישה.

<sup>7</sup> חידושי רע"א ותוס' רע"א שם; חידושי כתב סופר שם. וודאי שהשליח השני יוכל לגרש רק ברצון הבעל, אך מעשה המינוי הועיל שאין הכרח שרק הראשון יבצע את הגירושין.

<sup>8</sup> חידושי כתב סופר שם על פי משנה למלך הלי גירושין פ"ו הט"ז וטורי זהב אה"ע קמא, כו.

<sup>9</sup> מכתב מאליהו, שער השליחות, אות יג: זו הסיבה לכך שבעל הלכות גדולות נקט (רא"ש גיטין פ"ב סימן כז) שלא ניתן להעביר גט על ידי נכרי.

<sup>10</sup> וכל שכן שיש להחזירו לבעל במקרה שהגט הונח על הקרקע לאחר ביטול השליחות.

<sup>11</sup> חידושי כתב סופר שם ד"ה עוד.

נמצא שאף לרש"י, בידו של הבעל ישנה סמכות למנוע את תוקף השליחות אפילו שאינו מבטל את עצם השליחות.

עד כה עסקנו במקרה שבו התנגדות הבעל מתבטאת בכך שאינו רוצה את הגירושין. בדומה לכך, ניתן לצייר מקרה שבו הבעל מוסר מודעה שהגט לא יחול. באבני מילואים (קמא, ו) משמע שמודעה זו מועילה והאישה לא תתגרש בנתינת הגט.<sup>12</sup>

עיקר דרך זו מצאנו אצל האחרונים לא רק לגבי שליחות לגירושין אלא אף לגבי שליחות לקידושין. הגמרא (קידושין נט ע"ב) אומרת שאם אישה מינתה שליח שיקבל את קידושיה במקומה, ולאחר מכן חזרה בה, הדבר תלוי במחלוקת ר"י ור"ל אם "אתי דיבור ומבטל דיבור". לדעת רש"י (שם ד"ה וחזרה) הדברים אמורים הן במקרה שחזרה בה שלא בפני השליח והן במקרה שחזרה בה בפני השליח. מאידך תוספות (שם ד"ה לא) אומר: "וחזרה בה - בלא אמירתה לשליח. דאי אמרה לשליח אין רצוני שתקדשני - פשיטא דאינה מקודשת, דאטו משום דאמרה לו תיהוי לי שליח לקדשני לא מצי חוזרת". לתוסי' מחלוקת האמוראים אמורה רק שחזרה בא שלא בפני השליח. לא כן כשחזרה בה בפניו שוודאי שיכולה לחזור בה. במבט ראשון נראה שדברי התוסי' מורים כנאמר לעיל - אין בכוחו של השליח לקדש את האישה בניגוד לרצונה, הגם שהאישה לא ביטלה את שליחותו. ברם, אם זו כוונת תוסי', קשה מדוע תוסי' מבחין בין חזרה בפניו לחזרה שלא בפניו, הרי גם שלא בפניו, אין לשליח סמכות לכך!<sup>13</sup> הפני יהושע (על תוסי' שם) כתב שדברי תוסי'

---

<sup>12</sup> עיין חדושי רבי נחום גיטין לב ע"א אות ב ד"ה ולמדנו שלדעתו ישנה הבחנה בין מקרה שהבעל מוסר מודעה שהגירושין לא יחולו, לבין מקרה שהבעל מתנגד לגירושין. הגירושין אינם חלים במקרה שהבעל מוסר מודעה. בעוד שהם חלים במקרה שהבעל רק הביע את התנגדותו לגירושין. לדידו אף הרשב"א והרע"א מודים לכך. דבריהם כאמור מוסבים על מקרה שהבעל רוצה לצער את האישה, שהגירושין לא יחולו בתוך חודש או חודשיים. במקרה זה, הגם שהבעל לא מסר מודעה בפירוש, אנו מפרשים שכוונתו למסור מודעה שהגירושין לא יחולו בפרק זמן זה. בנוגע למקרה ששקול למסירת מודעה (ואף במסירת מודעה בפירוש), אומר רע"א שאין צורך בעדי קיום, כיון שרק ביטול שליחות מצריך זאת. העולה מכך שלאחר מינויו, יכול השליח לבצע את שליחותו אף ללא הסכמת המשלח, ואין להסיק מדברי הרשב"א וסייעתו שמתחשבים בדעת המשלח. כל כוונתם אינה אלא לומר שהמשלח יכול למסור מודעה לבטל את חלות השליחות. וראה להלן הערה 14.

<sup>13</sup> קובץ הערות השמטות אות ז ד"ה בדברי. אכן על יסוד דברי התוסי' מציג החתם סופר (אבן העזר, ח"ב סימן נ ד"ה ולהבין) שיטת ביניים בנידונינו. אם כוונת המשלח אינה ידועה לשליח, יכול השליח לפעול עבור משלחו. אך אין משמעות לפעולתו במקרה שכוונת משלחו ידועה לו. טעמו של דבר: "השליח הזה לא יהיה שהוא כמו הבעלים עצמם, ידו כידו, וגם מחשבתו כמחשבתו, ואילו היה הגט ביד הבעל ושוב נמלך שלא לתנו, הלא לא

מוסבים על מקרה שבו האישה מבקשת לבטל את עצם השליחות, שאז ישנה הבחנה בין בפניו לשלא בפניו. אך במקרה שהאישה חוזרת בה מתכלית השליחות ואינה מעוניינת שיקבל את הקידושין עברה, ודאי שהשליח אינו יכול לקדש ללא רצון האישה, הגם שלא בוטלה שליחותו. יתירה על כך: "דודאי אם חזרה בה לגמרי מהקידושין שאמרה שאינה רוצה להתקדש לזה כלל רש"י נמי מודה. אלא דמה שכתב רש"י אפילו בפני השליח היינו שחזרה בה מהשליחות לחוד שאמרה שאינה רוצית בשליחותו". העולה מהדברים שהכל מסכימים שאף לגבי שליחות לקידושין השליח אינו יכול לפעול ללא הסכמת המשלח. אחרונים נוספים הסכימו לעיקרי דבריו. (אדני כסף קידושין שם ד"ה אמנם; המקנה שם; חידושי הגריי"ו שם אותיות ד-ה).

### **ג. הסוברים ששליח יכול לבצע את שליחותו אף ללא הסכמת המשלח**

עם זאת, האחרונים הקשו לא מעט קושיות על הסוברים שלמשל ישנה סמכות לבטל את תכלית השליחות.<sup>14</sup>

---

יתנו ולא תתגרש. והכא נמי מכיון שנודע לשליח מחשבתו של בעל שלא לגרש, הרי מחשבתו כמחשבתו של בעליו, וצריך גם הוא להפוך מחשבתו כמחשבת בעליו. וכעין זה ראה בקובץ הערות שם ד"ה והנה וקהלות יעקב גיטין סימן כה ד"ה והנראה מוכח. יש להעיר שלשיטת אלו במקרה שאין תוקף לפעולת השליח אין הכוונה שהשליחות בטילה לגמרי אלא שלא ניתן לגרש כשישנה התנגדות של המשלח. לכן הודעת דברי המשלח בפני השליח אינה צריכה להיעשות בפני שתי עדים – ראה שיעורי רבי שמואל גיטין ט פ"א אות קמ ד"ה ונראה.

<sup>14</sup> מלבד הקושיות להלן הקשו האחרונים עוד מספר קושיות. א. כאמור ר"י ור"ל נחלקו (קידושין נט ע"ב) אם אישה מינתה שליח וחזרה בה אם החזרה מועילה. לר"ל החזרה אינה מועילה כיון שדיבור לא מבטל דיבור. משמע מדבריו שהאישה אכן תתקדש על ידי השליח. האור גדול שם ד"ה וכן וברכת שמואל גיטין לט, ג הקשו שאם בסמכותו של הבעל להתנגד לתוקף השליחות מדוע היא מקודשת?

ב. פתחנו במשנה בגיטין האומרת שבעל שאומר לשלוחו שהגט בטל אין השליח יכול לגרש את אשת המשלח. במטרה להוכיח שהלכה כר"י שאתי דיבור ומבטל דיבור, הביאה הגמרא (שם) משנה זו, שאם דיבור לא מבטל דיבור כיצד הבעל יכול לבטל את השליחות? האחרונים מקשים שאם רצונו של הבעל משפיע על תכלית השליחות מדוע ר"ל לא תירץ שסוף כל סוף הבעל התנגד לתכלית השליחות והיא היא הסיבה לכך שלא ניתן לגרשה. משמע לכאורה שהשליח יכול לגרשה אף שהבעל מתנגד – דברי יחזקאל שם; ברכת שמואל שם; לבוש מרדכי גיטין סימן יא אות ב ד"ה והנה; שיעורי רבי אליהו ברוך גיטין לב ע"א אות ו ס"ק ד ד"ה וביותר.

ג. הגמרא גיטין לד ע"א מספרת שגידול בר רעילאי שלח שליח שייתן גט לאשתו. כאשר הוא רצה לתיתו לה, היא אמרה לו שיבוא מחר, ואכן הגט לא ניתן לידה. כשחזר השליח לגידול אמר לו גידול: "ברוך הטוב והמטיב". האמוראים חלוקים בשאלה אם "גילוי דעתא בניטא מילתא" או לא. הקשה האמרי משה שם, שמשמע שאם "גילוי מילתא לאו מילתא היא" האישה תהיה מגורשת, ומדוע, הרי סוף כל סוף הבעל אינו רוצה בגירושו?

הגמרא (שם לג ע"ב) מתארת שר' יאשיה כפה בעל לצוות שליחים שיכתבו גט ויגרשו את אשתו. כיון שהמינוי נעשה על ידי כפייה, חשש ר' יאשיה שמא לאחר מכן הבעל יבטל את השליחות. לכן הורה ר' יאשיה לעדים: "זילו אטמורו וכתבו לה".<sup>15</sup> אם בעל יכול למנוע את תוקף השליחות, כיצד הוראה זו מועילה, הרי הבעל עדיין יכול לומר שאינו רוצה בגירושין, גם בלי לבטל את השליחות?<sup>16</sup>

בדומה לכך, הגמרא מספרת (שם לד ע"א) שרב יהודה כפה את חתנו של ר' ירמיה ביראה לגרש את אשתו. אך לאחר מכן הבעל ביטל את הגט. רב יהודה כפהו לגרש בשנית, ושוב ביטל הבעל את הגט. בשלישית, במטרה למנוע ביטול חוזר, אמר רב יהודה לעדים: "אותיבו קרי באוניכו". גם במקרה זה יש לשאול, אם לאחר המינוי נותרה בידו של הבעל סמכות לבטל את תוקף

---

ברם, למען האמת ניתן לתרץ קושיות אלו. גמרות אלו אינן עסוקות בשאלה אם חלות השליחות תחול במקרה שהמשלח מתנגד, אלא רק בשאלה אם השליחות בטלה או לא בטלה. אכן אין תוקף לפעולת השליח אך כל עיסוקה של הגמרא היה רק בשאלה אם שליחותו בוטלה או לא (הנפקא מינא לעניין אם יש צורך במינוי חדש). כן כאמור משמע בפני יהושע וסיעתו בביאור התוס'. זאת ועוד, ייתכן שאין לראות בביטול שליחות גם ביטוי לרצון המשלח, וכבר הדגיש זאת רי"י וינברג (חידושי הגרי"י סימן ו אותיות ד – ה): "דביטול השליחות והרצון לגרש הם ב' דברים נפרדים, ואין האחד בכלל השני. דיכול האדם לבטל את השליחות, אבל אין בביטול השליח גילוי רצון שלא לגרש, שיש לומר שהוא רק מבטל את השליחות אבל אינו חוזר מרצונו לגרש. וכן להיפך, אם אומר שאינו רוצה לגרש, אין בגילוי רצונו זה משום ביטול השליחות". עם זאת, דברים אלו ניתנים להיאמר רק ביחס לקושיות הנ"ל אך אין בדברים אלו כדי ליישב את הגמרות שיובאו להלן, כיון שבגמרות אלו מוכח בפירוש שהשליחות חלה הגם שהמשלח מתנגד לה. רי"י פרצוביץ שם ד"ה ובזה, מיישב את הקושיא העולה מדברי ר"ל. הבעל יכול לבטל את חלות הגירושין רק על ידי מודעה ולא על ידי התנגדותו (ראה לעיל הערה 12), ולא ניתן לפרש שביטול השליחות כולל בחובו גם מסירת מודעה. לכן כל הדיון הוא רק מדין 'אתי דיבור ומבטל דיבור', ואין בכוחה של התנגדות הבעל – מצד עצמה – לבטל את חלות הגירושין.

<sup>15</sup> הגמרא מביאה מקרה זה אגב מחלוקת כפולה של התנאים בנוגע לביטול גט. רבן גמליאל תיקן (גיטין לב ע"א) שבעל שמבטל שליח הולכת גט יעשה זאת רק בפני השליח (מפני תקנת ממזרים או מפני תקנת עגונות - שם לג ע"א). במקרה שבו הבעל עובר על התקנה, מבטל שלא בפני השליח, ולאחר מכן השליח נותן את הגט לאישה, נחלקו התנאים (גיטין לג ע"א) אם האישה מגורשת או לא. לדעת רבי הביטול הועיל והאישה אינה מגורשת. ברם לדעת רשב"ג האישה מגורשת כיון שהתקנה מפקיעה מהבעל את יכולת הביטול. הגם שמהתורה ביטול השליחות צריך להואיל והאישה תישאר אשת איש, תקנת חכמים הפקיעה את הביטול והאישה מגורשת בגט הבעל. סמכות בית הדין מבוססת על "כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש ואפקעיהו רבנן לקידושין מיניה" – גיטין שם.

<sup>16</sup> עיין תורת גיטין קמא ס"ק נו; מנחת שלמה שם.

השליחות, מה מועיל שהעדים לא ישמעו את ביטול השליחות, הרי הוא יכול לבטל את תוקף השליחות?<sup>17</sup>

בשל כך אחרונים רבים סוברים שהסמכות הבלעדית של השליח, ולמיצער וודאי שהאמור עד כה אינו מוסכם על הכל. ה'גדול ממינסקי' כתב (אור גדול סימן ט פסקה ב אות ג ד"ה והא):

דכל היכא דעשה שליח שוב אין אנו משגיחין על דעתו ורצונו, דאף באינו רוצה מכל מקום דעת ורצון השליח הוי כמותו ולא מהני רק ביטול השליחות אבל לא מה דאינו ברצונו. ולא שייך רצונו להנתינה דלא בעינן רצונו להנתינה רק דעת ורצון השליח הוי כרצונו, אם לא בביטול השליחות דאינו כמותו. אבל בקיום השליחות אף דליכא רצון המשלח על הנתינה לא אכפת לן בדעתו וברצונו

גם התורת הגיטין (קמא ס"ק נו) נקט שמודעא על נתינת הגט אינה מועילה, ואף מדבריו בנתיבות המשפט (רמד ס"ק א) עולה שרצון המשלח אינו מעלה ואינו מוריד.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> אמרי משה שם; קובץ שמועות בבא מציעא אות ט ד"ה וברשיי; מנחת שלמה שם. אך המנחת שלמה תירץ שמעיקר הדין התנגדות הבעל לגירושין יכולה להועיל, והשליח אינו יכול לגרש ללא הסכמת הבעל. אמנם כאמור (הערה 15) חששו לתקנת ממזרים או תקנת עגונות, ומסיבה זו התנגדות הבעל אינה מועילה לבטל את הגירושין, "דאלת"ה מה הועילו חכמים בתקנתם" (לדידו תקנת חכמים אמורה אף בנוגע למקרה שאינו ביטול שליחות פורמלי). ועיין שו"ת רבי שלמה אייגר אהע"ז סימן יח אות ה ד"ה ומה שהוכיח. רי"י וינברג תירץ (חידושי הגרי"י שם סוף אות ה) שדווקא בגלל שבמקרים אלו הבעל הוא מאותם שכופין אותם לגרש, הוא אינו יכול לומר איני רוצה בגירושין, "שאם יאמר כן שוב יכוהו ויכפוהו לומר רוצה אני. אלא שבכל זאת יכול לבטל את השליחות ויאמר שרוצה באחרים, וע"ז לא שייך כפיית ב"ד, שעל זה לא שייך מצוה לשמוע דברי חכמים, שאין כאן מצוה למנות אלא ולא אחרים".

<sup>18</sup> על דברי ר"ל קידושין שם שהאישה אינה יכולה לבטל את שליחה לקידושין כותב הלבוש מרדכי שם: "ולכאורה קשה הא אין הבעל רוצה שיגרשנה, והיאך יוכל השליח לגרשה בלי רצון הבעל; ועכצ"ל כיון שכבר נעשה שליח לגרש, היינו ליתן הגט לידה, וכיון שנתן הגט לידה בתורת נתינה לשם גירושין, שעל זה נעשה כבר שליח, התורה אמרה ספר כריתות שהספר כורת, ונתגרשה בנתינת השליח לשם גירושין, אף שהבעל צווח איני רוצה. ואף ר"י לא פליג, אלא דס"ל אתי דיבור ומבטל דיבור, וא"כ הוא מבטלו שאינו שלוחו, אבל אם לא ביטלו אף שאין הבעל רוצה לגרשה, יכול השליח לעשות אף בלי רצונו". וכן כתב בהמשך דבריו (שם אות ה ד"ה לפי) בנוגע לשטר שחרור עבד: "דאף אם חזר המשלח, חזרתו לאו כלום היא, דאין לאחר זכיה בקנין כלום, וא"כ רשות ביד השליח למסור השטר שחרור להעבד בתורת שחרור, וכיון שהגיע לידו ספר הכריתות זכה בו, דק"ל ספר כורת, רק דין הוא שיתננו לשם ספר כריתות, ועל זה אין המשלח יכול לחזור בו". לפום ריהטא נראה שכוונת הלבוש מרדכי כשיטה זו, וכך משמע שלמד בדברי רי"י וינברג (שם אותיות א, ג). אך מדקדוק לשון הלבוש מרדכי משמע להיפך - חלות השליחות אינה תקיפה ללא הסכמת

עד היכן כוחו של מיופה הכוח?

יש שהוסיפו שדעה זו היא היא הביאור בדעת רש"י. רש"י כלל לא מתקשה בתמיהת הרשב"א, כיון שהוא חולק על הנחת היסוד של הרשב"א, וסובר שהשליח יכול לתת את הגט על אף התנגדות המשלח.<sup>19</sup>

בהתאם, יש לפרש את דברי רש"י שהובאו לעיל בנוגע למחלוקת 'אתי דיבור ומבטל דיבור'. בדעת התוס' התבאר שמחלוקת זו אמורה במקרה שבו האישה חוזרת ממינוי השליחות. אך במקרה שחוזרת מתכלית השליחות הכל מודים שהשליח אינו יכול לקדש בלי הסכמתה. כאמור לדעת הפנ"י, אף רש"י מסכים שכאשר האישה חזרה בה מתכלית השליחות אין השליח יכול לקדש בעל כרחה. ברם להאמור עתה שרש"י סובר שככלל השליח יכול לפעול ללא הסכמת משלחו, מחלוקת זו אמורה אף במקרה שהאישה חזרה מתכלית השליחות.

יש מאחרונים אלו שכתבו שכך מדוקדק בדברי רש"י במקום אחר. רש"י (גיטין י ע"א ד"ה חזרה) מסביר מדוע מועיל ביטול שליחות: "דהא כיון דבטיל משלח לשליחותיה דשליח נמצא שאינו שלוחו ואין כאן גירושין כלל והיינו דאורייתא דרחמנא אמר ונתן בידה וזה לא נתן לא הוא ולא שלוחו". משמע שהשליח אינו יכול לגרש רק משום שהשליחות בטלה, ולא מתקיים דין "ונתן בידה". אך אם השליחות לא בטלה, ורק הבעל מסרב לגירושין השליח יכול לגרש אף שהבעל מתנגד.<sup>20</sup>

#### **ד. ביאור צדדי השאלה אם המשלח יכול למנוע את תכלית השליחות**

---

המשלח, ורק גט גירושין ושטר שיחרור של עבד יכולים להינתן ללא הסכמתו. זאת עולה מלשונו, "התורה אמרה ספר כריתות שהספר כורת", ומשמע שרק בגלל זה ניתן לגרש ללא הסכמת הבעל, המשלח. כי מכיוון שכל עיקר הגירושין טמונים בחובו של הגט, לא אכפת לנו שהבעל כבר איננו מעוניין בגירושין. עצם החפצא של גט היא שיוצרת את הכריתות ואיננו מתחשבים בדעת הבעל, ובלבד שלא יבטל את השליחות (במקרה זה החסרון הוא כבר בנתינת הגט). בהתאם, רק במקרים שבהם עיקר החלות נוצרת על ידי חפצא איננו מתחשבים ברצון המשלח, לא כן בשאר שליחויות שבהם דעת המשלח מכרעת. העולה מהדברים שככלל רצון המשלח משפיע על תוקף השליחות מלבד בהלי גירושין ודומיה. דרך זו מודה במקצת לדברי הרשב"א וסיעתו. הקושיות שהובאו לעיל אינן סותרות דרך זו, שהרי הם אינם עוסקת אלא בהלי גירושין. ועדיין צ"ב אם אכן זו כוונתו בכלל דבריו שם.

<sup>19</sup> אמרי משה שם; דברי יחזקאל שם; אור גדול שם ד"ה וכן – הערת העורך במוסגר.

<sup>20</sup> קובץ שמועות שם; דברי יחזקאל שם. ברם, הקובץ שמועות עצמו מודה שהדקדוק אינו מוכרח. ייתכן שהסיבה שרש"י בחר דווקא בנימוק זה רק כדי להשתמש בנימוק שמחייב מינוי מחדש.

פעמים רבות העלה מו"ר הגרמ"ח דימנטמן שליט"א את החקירה אם מינוי שליחות פירושו שהשליח עומד במקומו של המשלח כיון שנמסר לו כח הבעלות של המשלח, או שהשליח אינו אלא מהווה 'יד' של המשלח, ומעשה השליח בלבד הוא שמתייחס למשלח.<sup>21</sup>

הדוגמא המובהקת לכך היא מחלוקת הרמב"ם (הל' גירושין פ"ב הט"ו) והטור (אבהע"ז סימן קכא) במקרה שבעל היה בריא בשעת מינוי שליח לגירושין, והשתטה לפני כתיבת הגט, אם כתיבת הגט ונתינתו מועילה למיצער מהתורה או שאינה מועילה כלל. בדברי הרמב"ם משמע שמהתורה האישה אכן מגורשת.<sup>22</sup> לדידו, השליח עומד במקומו של הבעל, ולכן העובדה שהבעל השתטה לאחר המינוי אינה מעלה ואינה מורידה. מאידך, הטור סובר שהאישה אינה מגורשת. טעמו שהשליח אינו אלא ידו של הבעל, וכיון שהבעל הוא הוא המגרש, אין הגירושין יכולים לחול כאשר הבעל נותר שוטה.<sup>23</sup>

ניתן היה לתלות את נדוננו בחקירה זו. הרשב"א וסיעתו סוברים שהשליח אינו אלא מהווה 'יד' של המשלח, והמשלח הוא שמבצע את חלות השליחות. בהתאם, תכלית השליחות תלויה במשלח ואין בכוחו של השליח לפעול ללא רצון משלחו. החולקים על הרשב"א סוברים שהשליח עומד במקומו של המשלח. מסיבה זו הסכמתו של הבעל אינה מעכבת, שהרי כל כוחו עבר לידו של השליח. כך כתבו רבים מהאחרונים.<sup>24</sup>

ברם, הדברי יחזקאל הקשה על כך. מדברי הרשב"א (גיטין ע"ב הא) עולה שהוא סובר כדעת הרמב"ם ששליח יכול לגרש אשת שוטה, ולא כדעת

<sup>21</sup> ראה למשל: 'בענין שליחות', אבני משפט ד (טבת, תשס"ה), עמ' 7 – 12.

<sup>22</sup> לשונו שם: "ואם כתבוהו ונתנו קודם שיבריא פסול". "פסול", למיצער בהל' גירושין משמעו מדרבנן ולא מהתורה, כפי שכבר הקדים כן הרמב"ם שם (ה"ז): "מה בין פסול לבטל, שכל מקום שנאמר בחיבור זה בגט שהוא בטל, הוא בטל מן התורה. ובכל מקום שנאמר פסול, הוא פסול מדברי סופרים".

<sup>23</sup> עיין פרי חדש אבן העזר שם.

<sup>24</sup> אמרי משה שם; דברי יחזקאל שם ד"ה ולכאורה; עיין אור גדול שם ד"ה וכן: אף הטור סובר שאין הגט חל מהתורה כאשר המשלח השתטתה, אין זה אלא משום שבשעה זו המשלח עצמו לא יכול לבצע את הגירושין, וכל היכא דאיהו לא מצוי עביד שליח – לא מצוי משוי שליח. אך בשעה שהמשלח מצד עצמו יכול לבצע את הגירושין ורק מבקש למנוע אותם אף הטור יודה שזה אינו בסמכותו. קצוה"ח (קפח ס"ק ב) למד שרש"י (גיטין ט ע"ב ד"ה לא) סובר כדעת הרמב"ם שכאשר הבעל השתטתה האישה מגורשת מהתורה. נמצא שרש"י סובר שהשליח עומד במקומו של הבעל. ואם נידון דידן תלוי בחקירה הניל, הרי לנו שרש"י לשיטתו – דברי יחזקאל שם (למיצער לסוברים שרש"י חולק על הרשב"א וסובר שהמשלח יכול לבצע את שליחותו ללא הסכמת השליח).

הטור.<sup>25</sup> העולה מכך שאין לבאר בדעת הרשב"א שהמשלח הוא שחתום על ביצוע חלות השליחות, ומסיבה זו דעתו היא הקובעת.<sup>26</sup>

בדעת הסוברים שהשליח אינו יכול לפעול ללא הסכמת המשלח, כתבו אחרוני זמננו שהטעם לכך אינו משום שהתנגדות המשלח מהווה פגם בשליחות, ששליחות אינה יכולה להתבצע ללא הסכמת המשלח, אלא הטעם הוא שלעולם חלות השליחות תלויה אך ורק במשלח. ומסיבה זו התנגדות המשלח מהווה פגם בעצם החלות, כיון שהחלות אינה יכולה לחול ללא הסכמת המשלח. ההשלכה העולה מכך תהיה במקרה של מינוי שליח קבלה לגירושין. במינוי שליח קבלה, אין צריך את הסכמת האישה שהרי היא מתגרשת בעל כרחה. כל הצורך בשליחות היא רק כדי שאחר יקבל את הגט במקומה. במקרה שהאישה חוזרת בה ומתנגדת לקבלת הגט על ידי השליח, אם הסיבה שהסכמת המשלח מעכבת הייתה תלויה בעצם השליחות, קבלת השליח אינה מועילה שהרי היא נעשית שלא בהסכמת המשלח. אך כיון שהסיבה שהסכמת המשלח מעכבת היא משום שהחלות תלויה ועומדת בדעת המשלח, במקרה כזה האישה אכן מגורשת, שהרי בשליח קבלה אין צורך כלל בהסכמת האישה.<sup>27</sup>

על יסוד דברים אלו המשיך הרב רפאל שמואלביץ לבאר את שיטת הרשב"א בכללותה. אין צורך בהסכמה תמידית של המשלח על חלות השליחות, ואף הסכמתו הראשונית, בעת מינוי השליחות מועילה לבדה. עם זאת, המשלח יכול לחזור בו מההסכמה הראשונית, משום ש'אתי דיבור ומבטל דיבור', וחזרה זו גורמת לביטול ההסכמה הראשונית. בהתאם, כאשר המשלח מתנגד

---

<sup>25</sup> לדידו ניתן להסתפק בכך שהבעל שפוי בשעת כתיבת הגט.

<sup>26</sup> הדברי יחזקאל שם ממשיך:

"ואפשר לומר דחזרת המגרש אפילו בלא ביטול השליחות גרע מנשטתה משום דבנשתתה ליכא שינוי רצון ממה שאמר בתחילה ואמדין דעתיה שאם היה שפוי ברצונו לגרשה משא"כ במגלה דעתו בפירוש שאינו רוצה בהגירושין ודברים קרובים לזה כתב בספר בית אפרים (סימן קיא)". ייתכן שכוונתו שכן ניתן לתלות את מחלוקת הפוסקים בחקירה הנ"ל. ולדעת הרשב"א שליח הוא רק 'יד' של המשלח, ובגירושין עיקר המגרש הוא הבעל, ומסיבה זו רצון המשלח משמעותי לחלות השליחות. אך ייתכן שכוונתו כדלהלן שבכל מקרה חלות השליחות תלויה ברצון המשלח ולא רק בגלל שהמשלח אינו אלא 'יד'. וראה להלן הערה 39.

<sup>27</sup> ראשי שיערים גיטין סימן יח ד"ה ולעני"ד; ר"ר שמואלביץ, 'לצעורא קא מיכוין – דעת המשלח בשליחות ובזכיה', אהלה של תורה יז (גיטין) אות ב עמ' כה – עמ' ל; ר"ד כהן – הובא באהלה חייא (קידושין), ג ע"ב, אסופת הערות, ד"ה ולפי"ז.

לתכלית השליחות אין השליח יכול לפעול שהרי המשלח חזר בו. אך במקרה שהבעל לא חזר בו מהסכמתו הראשונית אלא רק השטתה, יכול השליח לפעול ללא הסכמה מפורשת, שהרי ההסכמה הראשונית מועילה לבדה.<sup>28</sup> לדעתו, ייתכן שיש ליישב בכך הקושיא מהצעת רב יהודה לעדים: "אותיבו קרי באוניכו". כי מכיוון שהתנגדות המשלח לתכלית השליחות מהווה ביטול להסכמה הראשונית, מדין 'אתי דיבור ומבטל דיבור', יש לכך צורך בשתי עדים, כשם שלביטול שליחות יש צורך בשתי עדים.

ניתן להציע השלכה נוספת העולה מדברים אלו. במקום אחר<sup>29</sup> עמדנו על כך שניתן לסווג את הלכות גירושין לשלושה סוגים שונים: א. הלכות הנוגעות לכתובת הגט. ב. הלכות הנוגעות למעשה נתינת הגט וקבלתו. ג. הלכות הנוגעות לחלות הגירושין. העלנו שהשלכה העיקרית שנובעת מכך תהיה במקרה שהגט ניתן לאישה, והגירושין לא חלו משום פגם הנובע מאחד מסוגים אלו - לאחר שהפגם כבר אינו קיים - אם יש צורך לקחת את הגט מהאישה ולתת אותו שוב לידיה. אם הסיבה שהגירושין לא חלו נבעה מהלכות הנוגעות למעשה נתינת הגט וקבלתו, לא ניתן להסתמך על הנתינה הראשונה וצריך לתת את הגט בשנית. בעוד שאם הסיבה שהגירושין לא חלו נבעה מהלכות הנוגעות לחלות הגירושין, אין צורך לשוב ולתת את הגט מחדש וניתן להסתמך על הנתינה הראשונית, ובלבד שהגט עדיין ברשותה.

לעניינינו, אם התנגדות המשלח מעכבת משום ששליחות אינה יכולה להתבצע ללא הסכמת המשלח, אזי גט שניתן באופן זה פוגם את הליך נתינת הגט ולא את חלות הגירושין.<sup>30</sup> בהתאם, כאשר הבעל שב ומעוניין שהגט יינתן לידי האישה, יש צורך לקחת אותו ממנה ולחזור לתיתו לה. אך אם התנגדות המשלח מעכבת משום שהחלות תלויה אך ורק בדעת המשלח, אזי חלות הגירושין היא שנפגמה. מסיבה זו כאשר הבעל שב ומעוניין בגירושי האישה ניתן להסתמך על הנתינה הראשונית ואין צורך בנתינה חדשה.

<sup>28</sup> ר"ר שמולאביץ שם אות ג עמ' ל - עמ' לג. לביאורו כל הנ"ל אינו אלא לר"י שאתי דיבור ומבטל דיבור. לא כן לר"ל שדיבור לא מבטל דיבור ולדבריו השליח יכול לפעול ללא הסכמת המשלח, כיון שההסכמה הראשונית הועילה ולא ניתן לחזור ממנה, מלבד ביטול השליחות.

<sup>29</sup> 'חקירה כללית בהלכות גירושין', אבני משפט יז (תמוז, תשע"ד), עמ' 73-102.

<sup>30</sup> בדומה לדברי רש"י שהובאו לעיל, שבביטול שליחות יש פגם בדין 'ונתן בידה'.

## ה. חזרה המשלח תוך כדי דיבור לפעולת השליח

הגמרא (גיטין לב ע"א) אמרה שאם הגט הגיע לידי האישה אין המשלח יכול לבטל את שליח ההולכה. על כך אומר הרשב"א (שם ד"ה ואם):

אפילו חזר בו תוך כדי דבור של נתינה וכדקיי"ל כל תוך כדי דיבור כדיבור דמי חוץ מע"ז וקדושין. ובגמ' דמפרש דהא קמ"ל אע"ג דמהדר בתרה לבטולה, מסתברא דה"ה דהוי מצי למימר דהא קמ"ל אע"ג דבטליה תוך כדי דבור שהגיע לידה.

העולה מדבריו שאלמלא שתוך כדי דיבור אינו מועיל בהל' גירושין, חזרת המשלח מהשליחות תוך כדי דיבור מנתינת הגט הייתה מועילה, והאישה אינה מגורשת. כן משמע שנקט המגיד משנה בדעת הרמב"ם (הל' גירושין פ"ו הט"ז). הדברים טעונים ביאור. מדוע שתועיל חזרה תוך כדי דיבור, הרי השליחות כבר התקיימה וכיצד ניתן לחזור משליחות שכבר התקיימה? הנדון הרגיל של תוך כדי דיבור הוא חזרה מחלות שקרתה, אך כאן אין כבר שום חלות שניתן לחזור ממנה שהרי השליח כבר אינו שליח לאחר ביצוע שליחותו.<sup>31</sup> זאת ועוד, כיצד כלל ניתן להעלות על הדעת חזרה ממינוי השליחות, הרי המינוי כלל לא אירע בתוך כדי דיבור לנתינת הגט? זאת עוד, מדבריהם משמע שבשאר דיני שליחות אכן מועילה חזרת המשלח תוך כדי דיבור ולהנ"ל הדברים טעונים ביאור.<sup>32</sup> אך לדעת הרשב"א, לא רק ההווה אמינא טעונה ביאור אלא גם המסקנה. מדוע המשלח אינו יכול לחזור, הרי הוא אינו חוזר מחלות הגירושין אלא מהשליחות עצמה, ומה בכך שאין תוך כדי דיבור בגירושין?<sup>33</sup>

נראה שהרשב"א לשיטתו לעיל. כאמור לדעת הרשב"א חלות השליחות תלויה במשלח. בהתאם, אין כוונת הרשב"א כאן שהמשלח חוזר תוך כדי דיבור מעצם השליחות, אלא שהמשלח חוזר בו מתכלית השליחות. ניתן היה

---

<sup>31</sup> עיין שו"ת חתם סופר יו"ד סי' שכ; תפארת יעקב (גזונדהייט) גיטין שם ד"ה בגמרא שם משהגיע; אור גדול שם ד"ה ומעתה.

<sup>32</sup> וראה מנחת אשר גיטין סימן טו אות ב ד"ה ואפשר שתלה נידון זה בשאלה אם עצם המינוי חל בשעת המינוי, וכבר משעת המינוי יש עליו תורת שליח, או שהמינוי הוא רק הרשאה נמשכת, ורק בשעת ביצוע השליחות מקבל עליו תורת שליח. הסוברים שחזרת המשלח תוך כדי דיבור מועילה, סוברים שהוא מקבל תורת שליח רק בשעת ביצוע השליחות ומסיבה זו ניתן לחזור ממנה.

<sup>33</sup> וראה שערי חיים גיטין סימן נא.

לחשוב שרק כאשר הבעל מגרש בעצמו הוא אינו יכול לחזור תוך כדי דיבור. לא כן כאשר השליח הוא זה שנתן את גט לאישה, יוכל הבעל לחזור מתכלית השליחות כשם שתמיד המשלח יכול לחזור מתכלית השליחות. על כן אומר הרשב"א שחזרה תוך כדי דיבור מתכלית השליחות דינה כמו חזרה של הבעל עצמו מתכלית השליחות, שהרי בשניהם החזרה היא מהחלות עצמה ואין זה משנה שהמעשה עצמו התבצע על ידי שליח. על פי זה מובן שכל האמור אינו אלא בהלכות גיטין, שבהם חזרה מהחלות תוך כדי דיבור אינה מועילה. אך בשליחות אחרות משמע ברשב"א שהחזרה תוך כדי דיבור מועילה שהרי המשלח יכול לחזור בו מתכלית השליחות.<sup>34</sup>

ברם כל זה אינו אלא לרשב"א וסיעתו הסוברים שסמכות חלות השליחות נותרה בידי המשלח. לא כן לסוברים שהחלות היא בידי השליח, שוודאי שהמשלח אינו יכול לחזור תוך כדי דיבור למעשה השליח, וכן עולה מדברי הגדול ממינסקי.<sup>35</sup>

### ו. התנגדות המשלח משולה לביטול השליחות

עד עתה ראינו שהכל הסכימו שלמיצער לדעת הרשב"א, במקרה שהשליחות לא בטלה, סמכות החלות נותרה בידו של המשלח. ברם יש שלמדו אחרת בדברי הרשב"א. כאמור על דברי רש"י: "אין בדעתו לבטלו אלא לצעורה בעלמא חדש או חדשים", כתב הרשב"א: "דאטו מי שלא בטל שליחותו לגמרי אלא שאמרו לו איני חפץ ליתנו עדיין מי יהיב עד שיחזור ויאמר לו עכשיו אני רוצה". עד עתה למדנו שדבריו מתארים מקרה בו אנו דנים - התנגדות המשלח לתכלית השליחות ללא ביטול השליחות. אך הברכת שמואל<sup>36</sup> ור"ש רוזובסקי<sup>37</sup> ביארו שהתנגדות המשלח משולה לביטול שליחות. אין כאן ביטול שליחות תמידי אלא ביטול שליחות לזמן מסוים. כשם שמתחילה אדם יכול למנות שליח שיגרש רק בתאריך מסוים ולא היום, כך הוא יכול להגביל את כח השליחות שיגרש רק במקרה שהמשלח אכן מעוניין בגירושין. לדבריהם בדברי הרשב"א כלל לא טמון יסוד שניתן לבטל

<sup>34</sup> עיין ר"ר שמואלאביץ שם אות ד ס"ק ט.

<sup>35</sup> אור גדול שם.

<sup>36</sup> ברכת שמואל גיטין סימן לט אותיות ב-ג.

<sup>37</sup> שיעורי רבי שמואל גיטין פ"א אות קלט ד"ה אולם.

את תכלית השליחות ללא ביטול עצם השליחות.<sup>38</sup> נראה שאף הדברי יחזקאל נטה לבאר כך בדעת הרשב"א והוסיף: "באמר לו בפירוש שאינו מבטלו אפילו לשעה יודה לשיטת רש"י דהשליח יכול למסור לה הגט ואין כאן גירושין בע"כ, דכיון דהשליח הוא עיקר המגרש סגי בדעתו".<sup>39</sup> שני חידושים עולים מדבריהם: א. המשלח יכול לבטל את השליחות לזמן מסוים, הגם שבתחילה הוא העניק לשליח את הסמכות ללא שום הגבלה כלל. ב. ניתן לעשות ביטול שליחות לזמן מסוים, ולאחר הסרת ההתנגדות אין צורך במינוי חדש ודי במינוי הראשון.

לעיקר עניינינו, העולה מכך שלמעשה שיטה זו 'מודה במקצת' לסוברים שתכלית השליחות היא בידו של המשלח ולא של השליח. אף שלאחר המינוי אין למשלח סמכות להתנגד לתכליתה, עדיין יש לו סמכות לערוך בה שינויים ולבטל אותה לזמן מסוים. הרב יוסף כהן הוסיף שאף סבו, הרב צבי פסח פרנק, נקט כדבריהם, ושהדברים כבר מפורשים בשו"ת צמח צדק (שניאורסון אה"ע סי' רסח אות ה).<sup>40</sup>

---

<sup>38</sup> ר"ש רוזובסקי מודה שאת ביאורו ניתן להעמיס רק בלשון הרשב"א אך לא בדברי רע"א. זאת משום שרע"א כאמור הציע נפקא מינא בין מקרה של התנגדות המשלח לתכלית השליחות לבין מקרה של ביטול השליחות ונמצא שוודאי שהוא אינו מדמה מקרה זה לביטול שליחות. כנראה שכוונתו לנפקא מינה שאין צורך שהתנגדות המשלח לתכלית השליחות תיעשה בפני שני עדים. בעוד שביטול שליחות צריך להיעשות בפני שני עדים. אם רע"א מבין שהתנגדות המשלח משולה לביטול השליחות, גם היא הייתה צריכה להיעשות בפני שני עדים. אף ר"נ פרצוביץ נטה לומר שיש צורך בשני עדים - לו היינו אומרים שהתנגדות הבעל משולה לביטול השליחות - ראה חדושי רבי נחום שם ד"ה ובביאור וד"ה וכע"ז. אך הברכת שמואל ביקש להעמיס ביאור זה אף בדברי רע"א. לדידו, הגם שמקרה זה משול לביטול שליחות אין צורך בכך לשתי עדים: "מכיון דלא נתבטל כל תפיסת כח השליחות אלא שנשתנה על ידי תנאו אין זה קנין דבר שבערוה לענין שיצטרך עדים".

<sup>39</sup> שם. סוף דבריו הם לפי מה שנטה לומר שדעת הרשב"א היא ששליח עומד במקומו של הבעל ואינו מהווה לו 'יד' - ראה לעיל הערות 25-26.

<sup>40</sup> בשו"ת שאילת משה (ווסרמן, אהע"ז סימן ו) הובא מעשה שהיה. בית הדין סידר גט על ידי שליח. לפני שהגט ניתן לה קיבל בית הדין מברק מהבעל שבו הוא אומר "שאני לא יכול לקבל את הגט", משום שהאישה התחייבה להחזיר את חפציו או שווים ולא עשתה זאת. המחבר, רב משה שמעון ווסרמן התלבט אם לראות בדברי הבעל ביטול הגט, ושלח את ספקותיו לרב אברהם צבי קמאי אב"ד דמיר. בתשובה העוקבת מובאת תשובת הרב קמאי. כשהרב ווסרמן כינס זאת לספרו זה, כתב לו הרב צבי פסח פרנק בהסכמתו לספר שאין לחשוש שיש בכך ביטול שליחות. אמנם הוסיף: "דאמירת איני רוצה לגרשה, זהו עצם ביטול השליחות... ואין השליח יכול לגרשה במקום שהבעל אומר שאינו רוצה בגירושין, משום דזהו נמי ביטול השליחות הוא". הדברים מכוונים לברכת שמואל ור"ש רוזובסקי. ברם, לכאורה משמע שיש בינו לבנים הבדל מסוים. לדידו חוסר הרצון של הבעל מהווה ביטול שליחות לכל דבר ועניין ולא ביטול רק לזמן מסוים. הרב פרנק כתב את דבריו ללא התייחסות לדברי הרשב"א. רי"י וינברג (חידושי הגרי"י שם אות ג) תמה

ברם רי"י וינברג (חי' הגרי"י שם אות י) סירב לקבל הבנה שכזו. מלבד טענתו שלא ניתן לפרש בלשון הרשב"א שהכוונה לביטול זמני, מוסיף רי"י וינברג: "אין ביטול זמני מצטייר כלל. אי אפשר לבטל לזמן אלא אפשר לבטל ולמנות מחדש". זאת ועוד: "אפילו אם נניח כי יש כאן ביטול זמני ושאפשר לעשות ביטול זמני, איני יכול לתפוס במוחי מדוע אין ביטול זמני צריך להיות בפני שנים, שהרי הטעם למה צריך לבטל בפני שנים הוא מטעם נאמנות או מטעם דבר שבערווה כמבואר בספרי הראשונים ואם כן אין לחלק בין ביטול עולמי לבין ביטול זמני, שגם בביטול זמני שייכים שני הטעמים הנ"ל".

עם זאת הוא מבקש ליישב את דברי הרב פרנק אך לא מטעמו :

דיש לחלק בין אמירת איני רוצה לגרש לעולם, ובין אומר איני רוצה לגרש לפי שעה. דבאמירת איני רוצה לגרש לעולם נפקעת השליחות מאליה, ולא מטעם שיש בלשון זה ביטול, אלא מכיון שאין הבעל רוצה לגרש אין כאן מגרש, וממילא אין כאן שליח לגירושין, וגרע טפי מנשתטה הבעל בשעת הנתינה...דהתם יש כאן מגרש אלא שאין לו דעת לעשות מעשה, וסובר הרמב"ם, דכיון שנתמנה בשעה שהיה שפוי בדעתו לא פקעה שליחותו. אבל אם הבעל אינו רוצה כלל לגרש הרי חסר כאן היסוד לשליחות והשליחות בטלה מאליה. ובזה יש לומר דלא בעי עדים לאמירת איני רוצה, כיון דהוא לא ביטל כלל אלא השליחות נפקעת מאליה ודמי למת הבעל, דבטלה שליחות מאליה. משא"כ אם אמר איני רוצה עכשיו לגרש, אין השליחות נפקעת מאליה שהרי יש כאן מגרש אלא שהוא דוחה את הגירושין לשעה. ואע"ג שאין השליח יכול לגרש נגד רצונו, מ"מ לא נתבטלה שליחותו ולא בעי עדים לעיכוב הגירושין ולא למינוי חדש אלא די שהבעל חוזר בו ואומר עכשיו אני רוצה.

בהתאם לשיטתו, הרשב"א מתייחס למקרה שבו מבחינת התודעה של הבעל טמונה רק התנגדות לתכלית השליחות ולא ביטולה, אך מהבחינה העקרונית ההלכתית יש כאן תוצאה של ביטול השליחות. גם מקרה של ביטול זמני אינו

---

עליו שדברי הרשב"א והרע"א סותרים את הנחות היסוד שלו. על כך השיב נכדו הרב יוסף כהן (קובץ קול תורה, שנה יב חוברת ז, נדפס בהר צבי אהע"ז ב סימן קסח עמ' קלב) שכבר בשו"ת צמח צדק שם פירש את הרשב"א עצמו כפי שפירשו הרב פרנק. אך הוא מוסיף לבאר את דבריו, ש"נתבטלה השליחות באופן זמני עד שירצה לגרשה, ונשאר שלוחו לאחר שיחזור ויאמר עכשיו אני רוצה לגרשה, ונעשה כמו שליח שנתמנה לכתחילה למסור את הגט לאחר זמן". יתירה על כך, לדידו גם את דברי רע"א ניתן להבין שמדובר בביטול שליחות זמני.

מאפשר לשליח לגרש ללא הסכמת הבעל. למעשה, בשני המקרים לא ניתן לגרש ללא הסכמת המשלח.

## ז. מינוי מורשה

מצאנו בש"ס ובהלכה סוג אחר של יפוי כח – הרשאה. בדומה לשאלה הנדונה לגבי שליחות כן יש לדון לגבי הרשאה. האם בסמכותו של המרשה לבטל את תוקף פעולת המורשה, הגם שלא ביטל את עצם הרשאתו?

ייפוי כח זה נדרש במקרה שבו ייפוי כח בתורת שליחות אינה מועילה. הגמרא (בבא קמא ע"א) אומרת שאדם שמבקש למנות אדם שייטבע עבורו אדם אחר, לא די שימנה את הראשון בתורת שליח, משום שהנתבע אומר לשליח: "לאו בעל דברים דידי את". כדי שמיופה הכח ייחשב כבעל דין, על מייפה הכח לכתוב לו הרשאה, ובה הנוסח: "זיל דון וזכי ואפיק לנפשך". עם זאת, הגמרא אומרת במסקנתה שהמורשה איננו יכול שלא להחזיר את התביעה לידי המרשה כיון ש"שליח שויה".

לדעת הרא"ש (שם פ"ט סימן כא) להרשאה ישנה עדיפות נוספת על פני שליחות. נפקד שהופקד אצלו חפץ, חושש לתת לידי שלוחו של המפקיד, שמא יבטל המפקיד את שליחות השליח, והנפקד שלא יידע על כך ימסור לידו את החפץ ויתחייב באחריותו. לא כן בהרשאה, כיון שכאשר "כתב ליה זיל דון ואפיק לנפשך הרי כאילו נתנו לו במתנה ושוב לא מצי מבטל ליה".<sup>41</sup> בדומה לכך השיב הראב"ן (סימן עט) לרבינו יואל חתנו<sup>42</sup>: "דאי לא כתב בה לשון מתנה, היה הנפקד מדחה אותו ואומר שליח של מפקיד אתה ושמא מת והפקדון של יורשים הוא, ואם אתננו לך ויאנס יחזרו עלי כדברי רב יוסף, ולא בעל דברים דידי את כי של היורשין הוא הפקדון, וכיון דכתב לשון מתנה... לית להו ליורשין על הנפקד כלום דהא יהביה אבוהון למורשה".

---

<sup>41</sup> דברי הרא"ש באו בתור מענה לשאלתו, כיצד הנתבע יכול לומר למורשה שהוא אינו מוכן להתדיין עימו, "הלא פי השליח כפי הבעלים לכל דבר שעשה שליח ועשייתו כעשייתו ולמה יתנו חכמים יד לזה לעכב ממון חבירו שלא כדין". וראה בהערה הבאה. על תשובתו מוסיף הרא"ש: "ואע"ג דכתב ליה זיל דון וזכי ואפיק לנפשך, היינו לענין זה דלא מצי שליח למיתפסיה לנפשיה כיון דכתב כל דמתעני ליה מן דינא קבילית עלי אבל ודאי אהני הא דכתב ביה זיל דון וזכי ואפיק לנפשך לענין זה שלא יוכל לבטל השליח".

<sup>42</sup> רבינו יואל הקשה (ראה ראב"ה סימן אלף ו) לראב"ן כקושיית הרא"ש בהערה הקודמת, ודברי הראב"ן מהוים מענה לקושיא זו. דברי הראב"ן הובאו גם בראב"ה סימן אלף כח, ובקצרה במרדכי ב"ק רמז ע.

לכאורה מהאמור עולה שמינוי מורשה עדיף על פני מינוי שליח. מורשה נכנס לגמרי לנעליו של מייפה כוחו. בהתאם, גם הסוברים שמשלח יכול לבטל את תוקף השליחות, יודו שאין הדברים אמורים אלא בנוגע לייפוי כח בתורת שליחות. לא כן בייפוי כח בתורת הרשאה, שהמרשה אינו יכול לבטל את תוקף פעולת המורשה, אלא אם כן יבטל את הרשאתו.<sup>43</sup>

ברם, נראה שאין הכרח לכך, וייתכן שאף מרשה יוכל לבטל את תוקף הרשאתו בלי לבטל את השליחות. אין כאן המקום להאריך בפרטי הסוגיא, אך עיקרו של דבר שהראשונים חלוקים בשאלת גדרה של הרשאה. התוספות (שם ד"ה אמטלטלין) והרא"ש (שם סימן ד) נקטו שעקרונית הרשאה זהה לשליחות, אלא שחכמים תיקנו שהרשאה מועילה כאילו היא קניין.<sup>44</sup> לדעת הרמב"ן (מלחמות שם כז ע"ב בדפי הרי"ף) הרשאה היא שילוב של שליחות ושל קבלת מתנה. עקרונית המורשה הוא שליח,<sup>45</sup> אך כיון שהמורשה קיבל את נשוא התביעה במתנה, אין הנתבע יכול לומר לו, "לאו בעל דברים דידי את". מדברי הרשב"א (שם) והרמב"ם (הל' שליחות פ"ג ה"א) עולה שהרשאה מהווה סוג של קניין, שהוא המאפשר למורשה לתבוע במקומו של המרשה.<sup>46</sup>

---

<sup>43</sup> כאמור ברא"ש משמע, שהמרשה איננו יכול לבטל את הרשאתו וכן למד הטור בדבריו (ח"מ סימן קכב). ברם, לדעת הרי"ף (שם כז ע"ב) בשם רב יהודאי גאון, הרמב"ם (הל' שלוחין פ"ג ה"ח) והרשב"א (ח"א סי' אלף ועא) הרשאה ניתנת לביטול. זאת ועוד, לדעת הבית יוסף (ח"מ סימן קכב) אף הרא"ש מודה שהמרשה יכול לבטל את ההרשאה, וכל כוונתו אינה אלא שאם ביטלו, והנתבע לא ידע על הביטול, ומתוך כך נתן את הממון למורשה - אין המרשה יכול לטעון שכבר ביטל את ההרשאה. זאת משום שהרא"ש במקום אחר (שם פ"ז סימן ה) הביא את דברי הרי"ף בסתמא, ושכך כתוב בתשובת הרא"ש (כלל סב סימן ד).

<sup>44</sup> לדידם, זו הסיבה שהרשאה מועילה אף לגבי דברים שלא ניתן להקנותם בקניין כגון מלוה או מטלטלים גזולים.

<sup>45</sup> לפחות למסקנת הגמרא שהכריעה כרב אשי, שהמורשה מחוייב להחזיר למרשה את נשוא התביעה. לדידו נוסח ההרשאה "ואפיק לנפשך" אינו בא לומר שהמורשה יכול לקנות לעצמו אלא "כאומר לשלוחו הוציא לי מעות מיד פלוני שבמדינת הים והשתמש בהם לנפשך ותחזירם לי בכאן והוא כקובע לו בהן שכר בשליחותו והלכך בעל דברים דידיה הוא ומגו דמשתעי דינא להווא אגרא משתעי דינא אקרנא". הרמב"ן מציע אפשרויות נוספות. "אפיק לנפשך" דומה ל"מתנתה על מנת להחזיר" או ל"קני על מנת להקנות".

<sup>46</sup> לדעת בעל המאור (שם כז ע"ב), למסקנת הגמרא, הרשאה שווה לגמרי לשליחות ואין צורך כלל "ביזל דון וזכי לנפשך". לדידו השליחות בעצמה מספיקה לכך שהנתבע לא יוכל לומר "לאו בעל דברים דידי את", כיון ששלוחו כמותו. כאמור רוב הראשונים חלקו על דבריו.

בנוגע לנידונו נראה שלרוב שיטות אלו אין הבדל מהותי בין שליחות לבין הרשאה. לא רק לשיטת התוספות והרא"ש, שעדיפות ההרשאה על גבי השליחות נובעת מתקנה, אלא אף לרמב"ן, כל המעלה של הרשאה על גבי שליחות אינה אלא שהמורשה יוכל להוות בעל דין ביחס לנתבע, אך באמת הוא שליח לכל דבר. לכן ייתכן שאם תוקף השליחות תלויה ברצונו של המשלח, היא יכולה להיות תלויה גם ברצונו של המרשה.

זאת ועוד, אף לרמב"ם שהרשאה מהווה סוג של קניין ניתן לומר שהסמכות תלויה ברצונו של המרשה. כך לשון הרמב"ם (שם): "וצריך לקנות מידו שהרשהו ואמר לו לך דון וזכה והוציא לעצמך וכיוצא בעניינים אלו. ואם לא כתב לו כן אינו יכול לדון עמו מפני שהוא אומר לו אין אתה בעל דיני. אע"פ שכתב לו כן אינו אלא שליח וכל מה שיזכה בו הרי הוא של משלחו...". מלשונו משמע שהגם שהרשאה מצריכה מעשה קניין, המורשה אינו קונה - אף לא עד שיחזיר למרשהו - אלא רק שליח. עיין מהרי"ט אלגזי (הלכות בכורות פ"ח אות עב ד"ה אבל): "ואינו קנין גמור באופן שיוכל לתפוס הממון לעצמו, אלא קנין דקונה בנכסים הוא כדי שיוכל לאשתעווי דינא בהדי נתבע כתובע את שלו". משמע שכל הקניין הוא רק כדי שיוכל לתבוע. בהמשך דבריו (שם ה"ז) כותב הרמב"ם שאדם אינו יכול להרשות על מלווה שיש לו בידי אחר, מפני שאין אפשרות להקנות את המלווה למורשה. הרמב"ם אומר שככלל הקנאת חוב מועילה רק במעמד שלשתן או בכתיבה ומסירה והם אינם מועילים בהרשאה. מעמד שלשתן אינו מועיל כיון שהוא דבר שאין לו טעם, וכתיבה ומסירה אינה מועילה "מפני שהוא מקנה השעבוד שבו". מדוע לדעת הרמב"ם לא ניתן להקנות למורשה בכתיבה ומסירה?

הגרי"ד מבאר (רשימות שיעורים, בבא מציעא מו ע"א, בענין הרשאה אות ג) שבקנין כתיבה ומסירה, אין הקונה זוכה ישירות בשיעבוד החוב כיון שהוא דבר שאין בו ממש. כל הקניין אינו מועיל אלא לשנות את הבעלים של עצם השטר, וממילא יכול הקונה לגבות את החוב.<sup>47</sup>

לאור זאת מסביר הגרי"ד (שם) את דברי הרמב"ם שקנין כתיבה ומסירה לא מועיל בהרשאה: הרשאה חלה גם מדין קנין וגם מדין שליחות אך אינה

<sup>47</sup> "דעל ידי כתיבה ומסירה השטר מעיד בעד הקונה, הנעשה לבעל השטר החדש, וממילא זכות גביית החוב נמי נעשה שלו, דמכיון שהשטר מעיד בעדו, ממילא קונה את הזכות לגבות את החוב". כי מכיון שאין הקונה זוכה בעצם החוב אלא רק בזכות הגבייה, המלווה עדיין נחשב לבעלים של עצם החוב, ומסיבה זו הוא יכול למוחלו. (עיי מכירה ו, יא-יב).

משנה את חלות שם בעל השטר, והוא משום דהמורשה אינו נעשה לבעל דבר אלא כלפי הנתבע בלבד, אך לגבי המרשה הוא רק שלוחו, ועיקר השטר עדיין מעיד רק למלוה – המרשה לבדו, ולכן קנין כתיבה ומסירה אינו מועיל בהרשאה, דאפילו אחרי ההרשאה, המרשה הוא בעל השטר ולא המורשה.

העולה מדבריו שאף לדעת הרמב"ם, עדיפות המורשה על השליח אינה מתבטאת רק ביחס לנתבע. אך כשנבחן את יחס הגומלין שבין המרשה למורשה, יחס זה זהה ליחס הגומלין שבין משלח ושליח.<sup>48</sup> בהתאם, אף לדעת הרמב"ם ייתכן שהמרשה יוכל לבטל את תוקף פעולת המורשה אף ללא ביטול הרשאתו.

בנוסף לכך, כאמור (לעיל סעיף ה) יש הסוברים שהתנגדות המשלח משולה לביטול השליחות. מסתבר שדלעתם אף התנגדות המרשה לפעולת המורשה מהווה מעין ביטול הרשאתו, לפחות בזמן התנגדותו.

#### ח. מינוי אפוטרופוס

יש מי שסובר שאדם אינו יכול למנות אפוטרופוס שינהל (בעודו בחיי מייפה הכוח) את נכסיו, ולדעתו דינו של הממונה זהה לשליח.<sup>49</sup> אמנם לדעת אחרים אין מניעה לכך, ודינו של ממונה זה כאפוטרופוס רגיל.<sup>50</sup> ההנחה הפשוטה היא שלדעה זו יכול מייפה הכח לבטל את מינויו של אפוטרופוס זה.<sup>51</sup> יש

<sup>48</sup> בדומה לכך ראה: חקרי הלכה עמ' שיח-שיט.

<sup>49</sup> פסקי דין של בתי הדין הרבניים בישראל, כרך ה עמ' 90: כן דעת נתיבות המשפט רלה, יד כפי שעולה מהירושלמי גיטין פ"ה ה"ד. טעמו של דבר שכיון שידו של אפוטרופוס כיד הבעלים רק מדרבנן משום הפקר בית דין הפקר (ראה רשב"א גיטין נב ע"א ד"ה מתני' בתירוץ הראשון), אפשר לומר שרבנן לא תיקנו זאת אלא במקום שבעל הנכסים בעצמו אינו כשיר לנהל את נכסיו.

<sup>50</sup> עיין פסקי דין שם: כך עולה מפתחי תשובה שם סק"ו. ייתכן שלדעתו אפוטרופוס ידו כיד הבעלים מן התורה (ראה רשב"א שם בתירוץ השני) ולכן מתאפשר למנותו אף כשהבעלים כשיר לנהל את נכסיו; פסקי דין ירושלים עמ' סא אות ב. ועיין ברכות סג ע"א: "אל ימנה אדם אפוטרופוס בתוך ביתו שאלמלי לא מינה פוטיפר את יוסף אפוטרופוס בתוך ביתו לא בא לאותו דבר", וכן ברמב"ם הל' איסורי ביאה פכ"ב הט"ו ובאהע"ז כב, טז, ומשמע שמעיקר הדין ניתן למנות אפוטרופוס על נכסיו אף שהממנה כשיר.

<sup>51</sup> קהלות יעקב בבא קמא סימן מד אות ג: ניתן לבטלו כשם שניתן לבטל שליח. מסתבר שאף אם מעמדו של אפוטרופוס עדיף על שליח, ראה להלן, יכול הממנה לבטל את יפיו כוחו.

עד היכן כוחו של מיופה הכוח?

לעיין אם עקרונית הגדרת אפוטרופוס הינה כשליח,<sup>52</sup> או שהוא עדיף על שליח ומוגדר כבעלים עצמם,<sup>53</sup> ואולי אף עדיף על מורשה.<sup>54</sup>

אף אם נאמר שאפוטרופוס מוגדר כבעלים עצמם, ייתכן שכל הגדרה זו אינה אלא ביחס לאדם אחר. לא כן ביחס לבעלים עצמם.<sup>55</sup> מסיבה זו ניתן לומר שהבעלים המקורי עדיף על האפוטרופוס והוא יוכל לבטל חלות של פעולת האפוטרופוס אף בלי לבטלו – לפחות לסוברים כן בנוגע לשליח.

יתירה מכך, ייתכן שאף הסוברים שככלל משלח אינו יכול לבטל את החלות השליחות, יודו שממנה אפוטרופוס יוכל לבטל את פעולת האפוטרופוס. זאת על פי השוואת אפוטרופוס ל"טובי העיר" - מיופי כוחם של אנשי העיר.<sup>56</sup> לדעת הרמב"ן (מגילה כו ע"א ד"ה ובירושלמי מהדורת מערבא) בביאור הירושלמי (מגילה פ"ג ה"ב), ולדעת הראב"ה תוקף תקנת טובי העיר מותנה בכך שאנשי העיר אינם מתנגדים לקיומה.<sup>57</sup> כך כתב הראב"ה:<sup>58</sup>

ונראה שאם אחד מהקהל מוחה בדבר שהם רוצים ראשי הקהל לעשות...אם רוב הקהל מסכימים עם ראשי הקהל, היה חלה החרם, כאשר אברר. ואם לא

<sup>52</sup> עיין שו"ת דברי ריבות סימן קכו, וראה פסקי דין של בתי הדין הרבניים כרך כב עמ' 80.

<sup>53</sup> על כך באריכות ראה: פסקי דין של בתי הדין הרבניים כרך ה שם; שערי עזיאל, ח"א, עמ' 29-23; משפטיך ליעקב ח"ז סימן טו אות ד.

<sup>54</sup> עיין חו"מ קה, א: "שכל התופס לבעל חוב במקום שיש עליו חוב לאחרים לא קנה ואפילו עשאו שליח וכתב לו הרשאה. אבל אפוטרופוס קנה דיש בעלים הוא", וראה משפטיך ליעקב שם עמ' רצה ד"ה ועיין. בכפי אהרן (עזריאל) ח"ב יורי"ד סי' ה הל' ריבית ד"ה אדחכי (כא ע"א) ביאר שתפיסת השליח והמורשה אינה מועילה כיון שהוא מונה רק לצורך התפיסה, וחז"ל לא תיקנו הרשאה רק לצורך הקדמת בעלי חוב אחרים. אך תפיסת האפוטרופוס מועילה כיון שעצם המינוי חל בלי קשר לתפיסת החוב. ועיין שו"ת תורת משה (נדפס בתורת חיים, שבת, מהדורת זכרון אהרן, ח"א) חו"מ סימן ו עמ' פז, שדן בשאלה אם אפוטרופוס - בניגוד למורשה - יוכל למנות אפוטרופוס אחר במקומו. תורף הנדון הוא אם מעמדו עדיף כיון שהוא מונה על כל נכסי הממנה (בעוד שמורשה מונה לדבר פרטי בלבד).

<sup>55</sup> בדומה למה שביאר הגר"ד בנוגע למורשה.

<sup>56</sup> בקצרה ראה: תוספתא ב"מ יא, כג; ב"ב ח ע"ב; מגילה כו ע"א; שו"ע חו"מ סימן ב; קסג, א; רלא, כז. בהרחבה ראה אנציק"ת כרך יט ערך טובי העיר טור עב-צט.

<sup>57</sup> אריכות על כך ראה: 'תוקפו ההלכתי של חוק שהציבור אינו חפץ בו', עדרו ירעה, מרכז תורה ומדינה (ניצן), עמ' 131-143.

<sup>58</sup> מרדכי בבא בתרא סימן תפב. דמים דומים בשם הראב"ה מובאים גם במהר"ח אור זרוע סי' רכב, ראב"ה (מהדורת דבליצקי) ח"ג סי' אלף כה וח"ב סי' תקצ. ברם בשו"ת מהר"ם מורטנבורג (קרימונה סי' קסה) מציג את שיטת הראב"ה באור הפוך. יישובים לסתירה זו ראה 'תוקפו ההלכתי של חוק שהציבור אינו חפץ בו' שם הערות 18, 39.

הסכימו רוב הקהל, ומיחו, אך הראשים עשו, יכולין למחות, דמה לי קבלו בתחלה מה לי בסוף מינוי טובי העיר יונק את כוחו מהסכמת הציבור. הסכמה זו נדרשת לא רק עבור המינוי, אלא אף לפעולותיהם ותקנותיהם עבור הציבור. אלמלא הסכמת הציבור לתקנות טובי העיר, אין להם הרשאה לפעול במקום בני עירם. בהתאם, התנגדות הציבור לתקנות נציגיו משמעה ביטול התקנות, זה מובנם של דברי הראבי"ה "מה לי קבלו בתחלה, מה לי בסוף".<sup>59</sup>

בדומה לכך ניתן לבאר את סמכותו של הממנה לבטל את מעשי האפוטרופוס. בניגוד לשליח ומורשה שמיופים לביצוע פעולה מסוימת, אפוטרופוס מיופה לביצוע פעולות רבות.<sup>60</sup> לביטול מלא של כלל סמכויות האפוטרופוס יש צורך בביטול מינויו. אך בנוגע לפעולה מסוימת, יש מקום לומר שקיומה מותנה בסכמת הממנה, והתנגדותו גורמת לביטולה, כשם שתקנה מסוימת של טובי העיר מותנית בהסכמת טובי העיר, הגם שעיקר מינויים לא בוטל. זאת ניתן להיאמר רק בנוגע לאפוטרופוס שסמכותו מרובה, אך לא בנוגע לשליח ומורשה. בהם אין לומר שפעולתם מותנית בהסכמת הממנה,<sup>61</sup> שהרי אם הם כבר מונו במיוחד לאותו דבר שאותו הם מעוניינים לבצע, אין טעם להתנות זאת בהסכמת הממנה.

גם אם נאמר שדווקא כוחם של מיופי כוח הציבור מותנה בהסכמת הממנים אותם, אך מיופה כוחו של יחיד אינו מותנה בהסכמת ממנהו, עדיין ניתן להשוות ביניהם לאור דברי החת"ס. החת"ס ביאר (שו"ת חת"ס ח"ב סימן ה) באופן שונה את דברי הראבי"ה:

הרוב יכולים למחות אף על גב שהם עצמם מינו אותם לכתחילה על כל דבר הקהל, מכל מקום יכולים עתה לחזור בהם, וגם על זה שייך מה לי קבלה מתחלה מה לי חזרה בסוף, שהם אמרו למנותם והם אמרו לחזור בהם, ואפילו כהן גדול נתמנה בפה ומסתלק... כל שכן מינוי קהל, ע"כ יכולים הרוב לסרב על תקנתם, וכאלו סלקום ממינוי שלהם עכשיו.

<sup>59</sup> שו"ת חקרי לב חו"מ סי' קטו להלכות מסים סי' קסג, קעב ע"א ד"ה לכן. גרסת הב"ח בדברי הראבי"ה היא: "מה לי קבלו בתחילה מה לי בסוף". אף שגרסה זו שונה מהקודמת, נראה שמובנן אחד. כשם שחוסר הסכמה מונע מונע מהם לפעול במקום הציבור, כך אין סמכות לתקנותיהם בלעדי הסכמת הציבור.

<sup>60</sup> המשמעויות העולות לאור הבחנה זו – מלבד האמור להלן - ראה לעיל הערה 54.

<sup>61</sup> כאמור לאותם הסוברים שפעולת השליח אינה מותנית בהסכמת המשלח.

עד היכן כוחו של מיופה הכוח?

העולה מדברי החת"ס שמחאת הציבור היא מעין ביטול מינויים של טובי העיר לעניין תקנותיהם. כשם שביד הציבור לבטל את מינויים באופן מלא, כך בידם לבטל את מינויים באופן חלקי. כך עולה גם מאחרונים נוספים.<sup>62</sup> כך ניתן להיאמר בנוגע לאפטרופוס. התנגדות הממנה מהווה מעין ביטול חלקי, ביטול המינוי לפעולה מסוימת. ביאור זה ניתן להיאמר רק בנוגע לאפטרופוס שכלל הסמכויות נתונות בידו, ולכן ניתן לפרש שהתנגדות הממנה מהווה ביטול חלקי, שהרי שאר הסמכויות עדיין נותרות בידו. לא כן בנוגע לשליח ומורשה, שמכיון שמונו רק לדבר מסוים, לא ניתן לפרש שהתנגדות מהווה ביטול חלקי. על כן אף אותם הסוברים שאין בסמכותו של המשלח לבטל את חלות השליחות, יכולים להודות שבסמכותו של הממנה לבטל חלות פעולה מסוימת של האפטרופוס.

---

<sup>62</sup> שו"ת מהר"ם שיק חו"מ סי' א ד"ה ומ"מ; תפארת יוסף (מייזליש) או"ח סי' ז; עיין פקוח נפש דרכי ההוראה סעיף רא ד"ה וגם.

## פסיקה בדין שלא הוכרע

### ראשי הפרקים

- א. חובת ההכרעה בספיקות
- ב. להכריע בספק הש"ס
- ג. האם ניתן לטעון 'קים לי' כאחת הדיעות
- ד. האם על הדיינים לטעון 'קים לי' לבעל דין
- ה. פסיקת השו"ע והרמ"א
- ו. עדיפה פסיקה מסברא או ממסורת
- ז. תפיסה בספק הש"ס
- ח. נחלקו הראשונים אם מהני תפיסה בספק הפוסקים
- ט. המוחזקות מכח הספק
- י. מהות התפיסה בעת הספק

### תקציר

בברכת התורה אנו מברכים 'לעסוק בדברי תורה' ו'נותן התורה', מחוייבים אנו בעמל הלימוד אבל עפ"י הנמסר לנו ממשה מסיני. בעת שנקלעים לשאלה מסופקת עלינו לעמול ולבחון עפ"י שנמסר לנו מרבותינו להכריע את הספק.

אנו ננסה לעמוד ולברר הדין בספק שנותר ללא הכרעה והלכה.

יש ספיקות שבש"ס נותר בספק ויש שהראשונים הסתפקו ולא הכריעו, ונראה שנחלקו בדבר היכולת להכריע בספיקות אלו, בשל קטנות הדורות, והאם יש ביכולת האחרונים להכריע במקום שגבוהים ורמים לא הכריעו.

משם נצא לברר את דרך הפסיקה במחלוקות הראשונים והפוסקים, האם ניתן לפסוק כאחד הצדדים, ולטעון 'קים לי' כדיעה אחת, והאם ניתן לטעון כן ולהסתמך על דעת יחיד, אך דיעות שלא נפסקו.

נראה שדרך הכרעת ופסיקת מרן השו"ע והרמ"א היתה עפ"י כללי פסיקה אלו, האם להכריע עפ"י רוב פוסקים או עפ"י הכרעה ביניהם.

בפרקים האחרונים נדון בדבר היכולת לתפוס ממון כשהספק לא יכול להיות מוכרע, ומה משמעותה של המוחזקות והתפיסה, אם התופס מודע שזכאותו מוטלת בספק שלא הוכרע. ובכך נברר אם תפיסות מעין אלו מבוססות על

טענה וזכות משפטית, או שהינם זכות ובעלות שקיימת למוחזק אף בעת הספק.

### **א. חובת ההכרעה בספיקות**

במשך הדורות נותרו בספק במחלוקות הלכתיות בכל ארבעת חלקי שו"ע, אלא שבהלכות או"ח ויו"ד בדרך כלל האדם יכול לבור לו את הדרך המקובלת עליו ולפסוק כרבו, שדומה עליו כמלאך ה' צבא', ואף להחמיר כשיטה יחידאה בעלת משקל. ברם בדיני חו"מ ואבהע"ז מחוייבים להגיע למסקנה חדה ולעיקר הדין, כיון שהחלטה עשויה להיות הרת גורל ונוגעת לאנשים שונים, וחומרה לזה הוי קולא לזה, ואף חיי נפש עשויים להיות תלויים בה ואם תפסו בה קידושי זה ממילא לא תפסו קידושי אחר ומותרים בקרובותיהם. לא ניתן להותיר את הדין בספק. ואף בהלכות או"ח ויו"ד יש שחייבים להכריע כשלא ניתן להחמיר, והדברים ארוכים. ואכן כללי הכרעה בספיקות ובמחלוקת מנויה ומפורטת בפוסקים.

הרמב"ם בריש הלכות ממרים פ"א ה"ד תאר את האופן שיש להכריע את מצבי הספק: 'כשהיה בית דין הגדול קיים לא היתה מחלוקת בישראל, אלא כל דין שנוולד בו ספק לאחד מישראל שואל לבית דין שבעירו, אם ידעו אמרו לו אם לאו הרי השואל עם אותו בית דין או עם שלוחיו עולין לירושלים, ושואלן לבית דין שבהר הבית. אם ידעו אמרו לו, אם לאו הכל באין לבית דין שעל פתח העזרה, אם ידעו אמרו להן ואם לאו הכל באין ללשכת הגזית לבית דין הגדול ושואליו, אם היה הדבר שנוולד בו הספק לכל, ידוע אצל בית דין הגדול בין מפי הקבלה בין מפי המדה שדנו בה אומרים מיד, אם לא היה הדבר ברור אצל בית דין הגדול דנין בו בשעתו ונושאים ונותנים בדבר עד שיסכימו כולן, או יעמדו למנין וילכו אחר הרוב ויאמרו לכל השואלים כך הלכה והולכין להן'.

והוסיף הרמב"ם, שיכולת הכרעה זו בטלה לדאבון ליבנו: 'משבטל בית דין הגדול רבתה מחלוקת בישראל זה מטמא ונותן טעם לדבריו וזה מטהר ונותן טעם לדבריו, זה אוסר וזה מתיר'. ואין לנו יכולת להכריע את הספיקות עם ביטול הסנהדרין, כמובא בהלכה שלאחר כן בהל' ה, ויש לנהוג ככללי בית הספק: 'שני חכמים או שני בתי דינים שנחלקו שלא בזמן הסנהדרין או עד שלא היה הדבר ברור להן, בין בזמן אחד בין בזה אחר זה, אחד מטהר ואחד מטמא אחד אוסר ואחד מתיר אם אינך יודע להיכן הדין נוטה, בשל תורה הלך אחר המחמיר בשל סופרים הלך אחר המיקל'.

כדברים אלו הורה הרמ"א בחו"מ בסי' כה סעי' ב, והוא הוסיף את ההנהגה הראויה בספק ממוני: 'ולא יאמר האדם אפסוק כמי שארצה בדבר שיש בו מחלוקת, ואם עושה כן הרי זה דין שקר, אלא אם הוא חכם גדול ויודע להכריע בראיות, הרשות בידו; ואי לאו בר הכי הוא, לא יוציא ממון מספק, דכל היכא דאיכא ספיקא דדינא אין מוציאין ממון מיד המוחזק (טור). ואם הוא בהוראת איסור והיתר, והוא דבר איסור דאורייתא, ילך לחומרא. ואי דבר דרבנן, ילך אחר המיקל', מלבד היכא שישנה חזקת איסור או רוב המורה שיש לנהוג באיסורא.

הרמב"ם בהקדמתו למשנה מבאר כמה סיבות התורמות למחלוקות; שלא שימשו רבם כדי צורכם, חשיבה שונה, דרכי לימוד שונות, מסורות שונות שהתקבלו, וספיקות שנוצרו בפסיקה, וכי מטרתו היתה להכריע בספיקות ולהגיע לאמת.

יש ופשיטת הספק וההכרעה נעשית באחת משני האופנים.

א. ראייה ניצחת עפ"י מקור קדום הפושט את הספק, ומגלה פנים בספק.

ב. בהיקש וסברא מושכלת עפ"י דרכי ההגיון שהטביע בנו השי"ת, כדבאר ר' עזרא במשלי פרק כב פ"כ: 'כי השכל שליח השם', וכן הרחיב הרמב"ם במורה נבוכים ח"א פרק מט על השכלים הנבדלים, ורבנו בחיי בריש בראשית, הספורנו והרד"ק שם והמורה נבוכים ח"ג פ"ח בארו שזהו הצלם האלוקי שבנו, וכן קרא האברבנאל יחזקאל פ"א פ"ד: 'ומזה ידע הנביא שנבואתו היתה שפע עליון מושפע מהשכל הנבדל הוא המלאך הדובר בו', וכן הדגיש החזו"א בריש הלכות כלאיים, וביו"ד ה' כבוד רבו סי' קנ אות ח: 'אין לנו לעזוב את השימוש השכלי, ועלינו ליסד את משקל הגדול על ההיקש השכלי שהוא המלאך בין היוצר והיצור'. ואף קראוהו כרוח הקודש המתנוצצת באדם, כפי שבאר באורות הקודש סוף ח"א.

וכבר דנו הרמב"ם בשורשי המצוות שורש ב ובהשגת הרמב"ן שם אם הנלמד מהסברא הינו כדאורייתא, וכקושיית הגמ' בב"ק בדף מו.: 'למה לי קרא, סברא הוא'. וכן הבין הפנ"י שהוא דין דאורייתא גמור, והצל"ח הבדיל בין חידוש דין לגדר דיני.

ואכן הורה הרמב"ם בהלכות סנהדרין בריש פרק כד למעשה: 'יש לדיין לדון בדיני ממונות על פי הדברים שדעתו נוטה להן שהן אמת והדבר חזק בלבו

שהוא כן אף על פי שאין שם ראייה ברורה... הואיל ומצא הדבר חזק ונכון בלבו סומך עליו ודן.

יש בידינו ספיקות רבים בדרך הלימוד, או מחוסר ידיעה, שמתבררים באחד משני האופנים דלעיל. אך יש לברר האם ניתן האידנא להכריע בספק ידוע שלא הוכרע, ומה משמעותה של הכרעה במקום בית הספק.

### **ב. להכריע בספק הש"ס**

נחלקו הראשונים באפשרות של החכם להכריע בספק המצוי בש"ס.

א. רשב"ם במסכת ב"ב בדף סב, ב דן לגבי הדין בגמ' שנותרה בספק אם לנהוג כלישנא קמא דרבא או בתרא, ולא הכריע, וכתב שהדין לא יוכרע לעולם, ולכן יש לנהוג בו כמצבי הספק: 'מאחר דמספקא לן נעביד שודא, הכל לפי הענין שיראו הדיינין ויכירו המוכר עינו יפה או רעה הכל לפי אומד דעתם. ומיהו בשאר מקומות דמספקא לן בתרי לישני הלכתא כמאן, לא אמרינן שודא דדייני עד שיפרש כי הכא, אלא המע"ה'. נראה שהבין שאין ביכולת הדיין להכריע את ספיקות חכמים.

### **הנהגת החזקה במקום ספק שאינו יכול להתברר**

האור שמח בהלכות טוען ונטען פט"ו ה"ט תהה האם ניתן לסמוך על חזקה בספיקא דרבנותא ולא במציאות, שהרי אין בחזקה כדי לברר ולחזק את המוחזק: 'ואטו משום חזקה ישתנה הדין. אבל באמת לא ירדתי לעומקו, דאטו כאן הספק על הדין אם דבר זה קונה או לא, וכיו"ב בספיקות המתהוים בהלכה, אבל כאן הספק אם מכר לו השדה בשטר או לא, אם משקר או לא, ואטו משום דפליגי אמוראי אם סמכינן על הוכחה דאינו משקר משום מיגו גרוע, הלא הספק הוא ספק במציאות... דבתרי ותרי הסברות שקולות, וידעינן דהמאזנים מעוין, אבל כאן לא ידענא אם הסברות שקולות... ואין המאזנים מעוין, לכן לא עבדינן מעשה להוציא מיד המוחזק השתא בה'. אך הביא רעק"א וכן סבר בקונטרס הספיקות כלל ה פ"ו שמהני חזקות לפשוט גם ספיקא דרבנותא. ומסתבר דיסוד מחלוקתם, אם החזקה הינה בירור המבקשת לבחון אחר האמת ולגלות עם מי הצדק, ושפיר טען האו"ש שאין החזקה יכולה להכריע במקום שישנו ספק בדין. או שהחזקה הינה הנהגה במציאות הספק, ואף שהספק לא יוכל להתברר לעולם, ניתן להכריע על סמך החזקות.

כיו"ב דן הפת"ש בחו"מ בסי' לד ס"ק מג אם ניתן להכריע עפ"י חזקה בפלוגא דרבוותא. והביא משנה למלך בהלכות עדות פ"ו ה"ז: 'דה"ה היכא דאיכא פלוגתא דרבוותא אם הוא כשר או פסול, הרי זה פסול מספק דהוי כתרי ותרי, ועדיפא מיניה, דאפילו לדעת ר"ח [בתוס' כתובות כ"ב ע"א] והרז"ה החולקים גבי תרי ותרי וס"ל דאמרינן אוקי תרי להדי תרי ואוקי גברא אחזקתיה וכשר, מודו הכא בפלוגתא דרבוותא, דלא שייך כאן לומר דמוקמינן ליה בחזקת כשרות, כיון שהפעולה כבר נעשית כגון שאכל או שבעל, אלא דאיכא ספק אם אותה האכילה או הבעילה היא אסורה או מותרת, איך נאמר דמשום חזקתו אותה הפעולה היא מותרת כו', ע"ש. [כיוצא בזה איתא בפמ"ג יו"ד סימן ק"י [שפתי דעת]... ד[ב]פלוגתא דרבוותא לא שייך לומר אוקמינן אחזקה, דבשביל החזקה לא ישתנה הדין ע"ש]. ועיין בספר שער משפט ס"ק ט"ו שהקשה עליו מדברי הרא"ש... דכיון דאיכא פלוגתא ולא ידעינן כמאן הלכתא לא מרעינן סהדי דאוקי סהדי אחזקתיהו כו'... הרי דאף הרא"ש והר"ן דס"ל דאף בתרי ותרי פסלינן ליה מספק, מ"מ בפלוגתא ס"ל דמוקמינן להו בחזקת כשרות'.

ב. התוס' בב"ב בדף סב: פסקו שהדיין רשאי להכריע בספק שלא הוכרע בש"ס: 'והיכא דלא איתמר הלכתא לא כמר ולא כמר, וס"ל לדיין כחד מינייהו ועבד, מאי דעבד עבד'. ופסק שדינו קיים, אף שהש"ס לא פשט ולא הכריע את הספק, ואפילו שרק מנטיית ליבו מכריע כן.

כן סבר הנמו"י בב"ב בדף לד, א שלמרות הכלל שכל היכא דאיכא ספיקא בממונא אמרינן המוציא מחבירו עליו הראיה, יכול הדיין להכריע מנטיית ליבו: 'כתב ה"ר יונה זצ"ל בשם רבינו יצחק ז"ל היכא דלא אשכחן סוגיא בעלמא דמכרעת כחד יש רשות לדיין לדון כפי מה שדעתו נוטה, כדאמרינן... האי דיינא דעבד כר' אלעזר עבד כרב ושמואל עבד'.

היה ניתן לחלק ולומר שהדיין בב"ב הוא שונה במהותו מיתר הספיקות, שכן ישנו ספק מה כוונת המוכר בהגדרת המקח, מה התכוון למכור כשלא תיחס ולא נקב במיצר הרביעי. ושפיר יש לדיין לבחון ולאמוד דעתו, ולהכי מאי דעבד עבד. כלומר, היכולת לפסוק במקרה זה נובעת מהאפשרות המציאותית לעמוד על דעתו של המוכר. אך מכך שהתוס' ור' יונה והנמו"י השוו לגמ' בשבועות בה דנים על ספק דיני, האם אדם מוריש שבועה לבניו, וגם שם נאמר 'השתא דלא איתמר הלכתא לא כרב ושמואל ולא כר' אלעזר, האי דיינא דעבד כרב ושמואל עבד דעבד כר' אלעזר עבד', ושם לא ניתן להתחקות ולעמוד על טיבו של הדין, על כורחך, שהאפשרות הפסיקה בכגון דא, אינה מבוססת על היכולת

לעמוד על כוונת הנותן ולהכריע כן את הספק. אלא יכולת פסיקה בספיקות מעין אלו שהש"ס לא הכריע.

כן נראה מביאור הראשונים את מסקנת הגמ' בב"ב בדף קכד. שהביאה מחלוקת רבי ורבנן בדין נטילת הבכור פי שנים ב'שבח דאתי ממילא': 'אמר רבה בר חנא אמר ר' חייא, עשה כדברי רבי עשה כדברי חכמים עשה', דמספקא להו אם הלכה כרבי אף מחביריו. וראה שהרשב"ם הדגיש שדיין שעשה כן, וכן התוס' והשטמ"ק ציינו שבכח הדיין לאמוד כיצד לנהוג הגם שהוא ספק בדין.

נחלקו הפוסקים בגדרו של התוס', בדבר היכולת לפסוק בספק הש"ס.

התומים בסי' כב סק"ב הבין שדברי התוס' אמורים בדיעבד, אם פסק מה שפסק קיים, וא"צ לבטל פסקו, אך מעיקרא לא היה מקום לפסוק ולהכריע במקום שהגמרא לא הכריעה.

אך בקונטרס הספיקות כלל ה, סד סבר מנגד שיכול הדיין להכריע כסברתו, עפ"י נטיית הבנתו, וכן נשמע מדברי רבנו יונה שבנמו"י.

המהרש"ל בהקדמתו ליש"ש בב"ק סבר כן, שניתן להכריע גם בספק הנמצא בש"ס: 'כי מימות רבינא ורב אשי אין קבלה לפסוק כאחד מן הגאונים, או מן האחרונים. אלא מי שיכשרו דבריו, להיותן מיוסדים במופת חותך על פי התלמוד והירושלמי. ותוספתא, במקום שאין הכרע בתלמוד'.

אך בהמשך דבריו בב"ק פ"ב בסי' ה, המהרש"ל חילק בין סוגי בעיות וספיקות שלא נפשטו: 'ואף שאין התלמוד מכריע. אני באתי להכריע, דבודאי דברי תוספת עיקר בדין תיק"ו, שנסתמה הבעיית בתלמוד, ולא נפשטה. ואין רשות לשום גאון בעולם לפשטה ממתניתין או מברייתא, או מסברא, דהוי כחולק על תלמודא דרבינא ורב אשי, כמו שאין לישיב התיובתא שנאמרה בתלמוד. אבל כמה בעיות שנאמרו בתלמוד ולא נפשטו, אם חכם אחד אפילו בזמנינו מביא ראיה לפשטה. הרשות בידו, ואזלינן בתריה. כי מאחר שלא נאמר תיקו. אם כן בספק עומד עד שיתלבן לך פשיטתו'. כלומר, היכא שהש"ס הנציח את הספק, לא ניתן לפשטה והם נחשבים כספקא דרבוותא, דמי יכול להכריע בדבר, שכן הכריע כחולק על הש"ס. אך ביתר הספיקות יש יכולת להכריע עפ"י ראיות ותיומין ולפסוק בעניינם, כפי שחידד הקו"ש בב"ב באות שעת: 'בהא דעביד כמר עביד, ולא אמרינן הממע"ה, שמעתי מכו' מ"ח הג"ר מאיר אטלס ז"ל דמייירי בדין שיכול להכריע מדעתו בין החולקים. אבל במי שאינו יכול להכריע אמרינן הממע"ה'.

ואכן התוס' בב"ב בדף לב, א בד"ה והלכתא, בגיטין בדף יד, ב בד"ה וחכמים ובבכורות בדף מח, א בד"ה דאמר כתבו שבספק בתיקו, בהעדר הכרעה, המוציא מחבירו עליו הראיה, אא"כ נאמר בו דין אחר (כמו בגיטין בדף ס: שנחלקו רב ושמואל לגבי אמת המים, והגמ' פוסקת: 'כיון דלא איתמר הלכתא לא כמר ולא כמר, כל דאלים גברי'). ולא אפשרו לדיין להכריע בספקות אלו.

א. מאידך, הרא"ש בסנהדרין פ"ד סי' ו הבין שרק עפ"י ראיות יכול להכריע בספיקות, ולא עפ"י נטיית ליבו וסברתו: 'היכא שנחלקו שני גדולים בפסק הלכה לא יאמר הדיין אפסוק כמי שארצה ואם עשה כן זהו דין שקר. אבל אם חכם גדול הוא גמיר וסביר ויודע להכריע כדברי האחד בראיות ברורות ונכוחות הרשות בידו. ואפילו אם פסק חכם אחר בענין אחר יכול החכם לסתור דבריו בראיות ולחלוק עליו כאשר כתבתי למעלה, כ"ש אם יש לו סיוע מאחד מן החולקין. ואם לאו בר הכי הוא לא יוציא ממון מספק'.

אלא שבתשובות הגאונים בסי' שמז איתא: 'היכא דשתי תשובות לב' גאונים חלוקות זו על זו וכל אחד מבעלי הדינין או הדיינין נקט חדא מיניה מאי עבדינן... אבל בזמן שאי אפשר להעלות את הדבר לבית דין הגדול ויש שתי תשובות לשני גאונים, עושה הדיין מה שהוא רואה ומה שהוא מכריע בלבבו, שאין לו אלא מה שענינו רואות'.

הכנסת הגדולה יח, ח הבין שאם הדיין הינו בקי היטיב בש"ס ובפוסקים ולא מצא ראיות, יכול להכריע עפ"י נטיית סברתו. אך דיין שלא הגיע לכדי כך, ואינו בקיא גדול מאוד, יוכל לפסוק כדעתו רק באם יביא ראיות.

בקונטרס הספיקות כלל ה אות סג סבר כשחולק על תנא או אמורא די לו בנטיית ליבו, שהרי אין בכח הדיין להכריע בשכלו ובראיות כמאן הלכה. אך החולק ומכריע במילי שנחלקו בהן הפוסקים, צריך להביא ראיה.

בשו"ת שאילת יעבץ ח"ב סי' כ הביא בשם אביו החכם צבי: 'שלא לישא פני הש"ע במקום הכרח עצום. ונודע מאמר הר"מ ז"ל שבענין ההורא. אין אפי' כח הנביאים חזק יותר מן החכם. אלא הולכין אחר רוב מנין או אחר כח הראיות לפי מראה עיני החכם. וכך הי' מנהג חכמי הדורות אשר מעולם. אין משגיחין בכף מאזני הכרעת חבור קדמון או אחרון. במקום תשובות נצחות'.

אפשר לבאר את היכולת להכריע בספיקות אלו, שכן מכך שהש"ס לא הכריע שהיו תיקו, אפשרו לחכמי הדורות להכריע עפ"י שקול דעתם או בראיות.

ויתירה מכך, אפשר שי"ל, שבספיקות אלו סברו חכמים ששתי הצדדים נכונים ואמיתיים, ולכן שפיר ניתן להכריע כאחד הצדדים (אולם לא נאמר שכל מגשר ומפשר ובורר יכריע אף ללא ראיות, משום שממה-נפשך יקלע לאחד הצדדים שהם אמת. לא נאמר שממילא מה שיקבע יעשה טוב. רק ראיות ותימוכין יאפשרו פסיקה! מצאנו בגמ' בברכות בדף כז. לגבי דין סוף זמן תפלת המנחה, שחכמים אמרו שיתפלל עד הערב, ר' יהודה סבר שיתחיל להתפלל עד פלג המנחה, והסיקה הגמ': 'השתא דלא איתמר הלכתא לא כמר ולא כמר, דעבד כמר עבד ודעבד כמר עבד'. כלומר, יפעל כיצד שירצה. אך הכא לא נאמר לכל אחד להחליט לבדו כיצד יכריע). ואולי ניתן לדייק כן בדברי התוס' בבכורות בדף מח. בד"ה דאמר: 'וי"ל שיש דברים דהיכא שהדין מסופק לחכמים כי הכא עשו אותו כודאי פלגא הכי ופלגא הכי... ויש דברים שאמרו חכמים והשתא דלא איתמר הלכתא לא כמר ולא כמר, דעבד כמר עבד ודעבד כמר עבד. ויש דברים שאמרו חכמים שודא דדייני...'. תוס' רצו לומר שההכרעה במקום דלא איתמר לא כמר ולא כמר, היא אפשרית כפי שימצא לנכון החכם, בניגוד לספיקות שבהם לא יוכל לנהוג כאחת האפשרויות, ולכן יחלוקו.

### **פסיקה בניגוד לדברי הראשונים**

כיוצ"ב, נחלקו הראשונים אם ניתן לחלוק ולפסוק בניגוד לדעת הגאונים הקדמונים, ושורש מחלוקתם הוא האם ניתן להכריע בניגוד לדעת גאוני קמאי;

בעל המאור הבין שלא ניתן להכריע כנגד דעת גאוני קדם, כן הובא ברא"ש בסנהדרין פ"ד ס"ו ו משמיה: 'שמעתי משום חכם גדול מחכמי דורינו שלפנינו, דהאידינא לית לן טועה בשקול הדעת. שהרי כל ההלכות פסוקות בידינו או מן הש"ס או מן הגאונים שאחר הש"ס. הלכך לא משכחת האידינא טועה בשקול הדעת. אלא כל הטועה בדבר משנה הם טועים'.

כן סבר הראב"ד, וכתב על דברי בעל המאור: 'דאמת אמר החכם שאם טעה בפסיקי הגאונים שלא שמע דבריהם, ואילו שמע היה חוזר בו באמת ובברור, זהו טועה בדבר משנה. וקרוב אני לומר, שאפילו אם היה חולק על פסק הגאון מטעם שנראה לו לפי דעתו שלא כדעת הגאון, ולא כפירושו, גם זה טועה בדבר משנה. שאין לנו עתה לחלוק על דברי גאון מראיית דעתנו לפרש הענין בדרך אחר כדי שישתנה הדין מדברי הגאון אם לא בקושיא מפורסמת. וזהו דבר שאין נמצא'.

אך הרא"ש שם חלק עליהם: 'אני אין נראה לי דברים הללו, אלא כל מי שאין טעותו מתבררת מן המשנה או מן הש"ס מפורש בלי ספק – לאו טועה בדבר משנה הוא אלא בשקול הדעת... ומה שפסקו הגאונים אחר סתימת הש"ס מדעת מכרעת ולא מהלכה ברורה ופסוקה מן הש"ס כסוגיין דעלמא הוי. ומאן דטעי ביה טעי בשקול הדעת ולא בדבר משנה'.

וחילק הרא"ש בין שלא ידע מדברי הקדמונים וכעת מבין שגה, לבין שחלק על דעתם בסברא ובראיות, וכתב שם: 'ואני אומר ודאי כל מי שטעה בפיסקי הגאונים ז"ל שלא שמע דבריהם, וכשנאמר לו פסק הגאונים ישרו בעיניו טועה בדבר משנה הוא. ולא מבעיא טועה בפיסקי הגאונים, אלא אפילו חכמים שבכל דור ודור שאחריהם לאו קטלי קני באגמא הן, ואם פסק הדין שלא כדבריהם וכששמע דבריהם ישרו בעיניו והודה שטעה, טועה בדבר משנה הוא וחוזר. אבל אם לא ישרו בעיניו דבריהם ומביא ראיות לדבריו המקובלים לאנשי דורו. יפתח בדורו כשמואל בדורו... ויכול לסתור דבריהם כי כל הדברים שאינם מבוארים בש"ס שסדר רב אשי ורבינא אדם יכול לסתור ולבנות אפילו לחלוק על דברי הגאונים... אן כלומר אם חדשנו דבר מדעתנו שלא נמצא לא במשנה ולא בגמרא ודיין שלא ידע דברינו ופסק בענין אחר וכששמע הדברים ישרו בעיניו כטועה בדבר משנה הוי וחוזר. אבל הדיין ההוא פשיטא שיש לחלוק על דבריהם דאמוראים האחרונים פעמים חולקין על הראשונים ואדרבה אנו תופסין דברי האחרונים עיקר, כיון שידעו סברת הראשונים וסברתם והכריעו בין אלו הסברות ועמדו על עיקרו של דבר. וכיוצא בזה מצינו, אין למדין הלכה מפי הש"ס אלא מדברי האמוראים אנו למדין פסקי הלכות. אף על פי שהתנאים היו גדולים יותר מהאמוראים'.

אומנם לא אמרו בעה"מ והראב"ד שלא ניתן להכריע בספיקות הגאונים והראשונים, אך אמרו שלא ניתן לומר סברא מנוגדת לנאמר בראשונים. וממילא לא יוכלו להכריע בספיקות שלא הוכרעו ע"י קדמונאי.

### ג. האם ניתן לטעון 'קים לי' כאחת הדיעות

הש"ך בקונטרס תקפו כהן בסי' קכג מבאר מדוע לא ניתן להכריע את הספקות: 'ודע דבפלוגתא דרבוואתא היכא דמצי למימר קים לי, היינו אפילו הוא מיעוט הפוסקים יכול לומר קים לי כהמועט ולא כהרוב ומהני תפיסתו, כן פשוט בדברי האחרונים בכמה דוכתי. והוציאו כן מהא דקיימא לן אין הולכין בממון אחר הרוב... וכן כתב בתשו' מוהר"י ן' לב'. נמצא, שכיון שתמיד

הבעי"ד יכול לומר קים לי כדיעה החולקת, לא ניתן להכריע כאחת השיטות, ואין יכולת להכריע את הספק.

נתה"מ בקיצור כללי דיני תפיסה אות כ פסק כן: 'בפלוגתא דרבוותא. דהיינו במחלוקת הפוסקים שהיו אחר חתימת הש"ס, מהני תפיסה אפילו אחר שנוולד הספק, אפילו בטוען שמא, אפילו יש לו תביעה על חפץ ותופס חפץ אחר מהני התפיסה, ומכל שכן כשתופס חפץ עבור חוב. ויכול לטעון קים לי כהך פוסקים אפילו במיעוט הפוסקים כנגד רוב, רק שצריך לראות מה עוצם כוחם בחכמה ובמנין אם אין בטלים נגד האחרים. אבל ביחיד נגד רבים אינו יכול לומר קים לי.<sup>1</sup>

אכן מובא שהמהר"ם היה רגיל לחוש לדין 'קים לי', כמובא בדר"מ בחו"מ בסי' כה: 'כתב המרדכי סוף כתובות הגהות מרדכי סי' רצ וז"ל, מצאתי מהר"ם היה רגיל לפסוק היכא שגדולים חולקים בדבר אי תפס אחד לא מפקינן מיניה, דיכול לומר לזה שכנגדו אייתי ראייה שהלכה כזה שפסק כנגדי'. וכפי שהעיד בשו"ת הרא"ש כלל א סי' ח: 'כך קבלתי מפי רבנא מאיר ז"ל, היכא דאיכא פלוגתא דרבוותא, לא מפקינן מספק ואוקי ממונא אחזקתיה'. ויסוד לדברים כבר נמצא בתוס' בהמניח בב"ק בדף כז, ב 'שיכול המוחזק לומר למוציא אף על פי שהרוב מסייעך לא תוציא ממני ממון דקים לי בנפשאי שאני מן המיעוטי'.

מאידך, סבר המהרש"ל בהקדמתו ליש"ש בב"ק שטענת 'קים לי' תהפוך את התורה לכמה תורות, ואין זו דרכה של הלכה: 'ומתוך זה ניתן לבעל דין לחלוק, ולומר קים לי כחד מנהון, הספרדי כספרדים הצרפתי כצרפתים, וכל אחד בורר את שלו. ועם ועם כלשונו. וסובר התורה ירושה היא למשפחות. ולא זו הדרך ולא זו העיר'.

יתירה מכך, טענת 'קים לי' דוחקת את דרך הפסיקה מדורי דורות שביקשו להוכיח בראיות ובהיקשים את הדרך הישרה והפסיקה הנכונה, ולמצות את הדיון עד תום, שכן אין טעם לבירור זה, אם בפועל יש ליתן משקל לדעת החולקים בכל מחלוקת ולא להוציא ממון, כפי שכבר התקומם רבי יונתן

---

<sup>1</sup> והוסף וסייג: 'וכתב בתשובת חוות יאיר [סי' קס"ה] דבמקום שסתמו המחבר והר"ב בהג"ה ולא חלקו עליהם הסמ"ע והש"ך, אינו יכול לומר קים לי כפוסק אחר. ואם כתב הרמ"א ויש אומרים, יכול לומר קים לי. ובמקום שהכריע הרמ"א, מי שמורה למולו הוי טועה בדבר משנה. והוא הדין אם הרמ"א לא הכריע והסמ"ע והש"ך הכריעו. ובמקום שהסמ"ע והש"ך מחולקים, הלכה כהש"ך דהוא בתרא. אם לא שרואין שהש"ך העביר דרך על הסמ"ע. ואם הדין הכריע כאחד מהן בפלוגתא דרבוותא, אין השני יכול לטעון קים לי'.

אייבשיץ באורים ותומים תקפו כהן שם וצייד ביכולת להכריע ולפסוק במחלוקת ולא לאפשר לטענת 'קים לי' לפרוך את החלטה ופסיקה שיצוקה בראיות ובתימוכין כדרכה של תורה: 'ועכ"פ הנכון כמו שכתב הש"ך כי הכל תלוי בראות עיני הדיינין לפי ענין הנדון וצריך ישוב גדול. כי לולי זאת ח"ו תיפוק תורה ויהיה ממש כל דאלים גבר, ובעו"ה נשכח התורה מאתנו אשר אין בכל חו"מ ממש דין אחד שאין בו בכללים או בפרטים מחלוקת הפוסקים ראשונים או אחרונים, וא"כ לשוא עמלו בונים הפוסקים ומחברים בראיות שונות ופלפול עמוק בתורה, כי לעולם המוחזק יטעון קים ליה וח"ו תורתנו הפקר. ולכן צריך ישוב רב ובפרט דין שנזכר בשו"ע, והמחבר והרמ"א השמיטו דעת החולק, קבלה בידי וכן ראיתי מדיינים מומחים וכן דן אני ובא מבלי לטעון קים ליה כדעת החולק, כיון שהרב ב"י ורמ"א שמו זכרונו אחרי הדלת אין לחוש לו, וקיימו וקבלו חכמי הדור לשמור ולעשות ככל האומר במטבע הקצר שו"ע והגהת רמ"א, ולדעתי אין ספק כי הכל בכתב מיד ה' השכיל על ידם, כי קושיות רבות שהקשו עליהם אחרונים ותירצו בדרך חריף ועמוק, וכמו כן כללו במתק וקוצר לשונם דינים הרבה, ולאין ספק שלא כווננו להכלל כי איך היה אפשר לרב המלאכה מלאכת שמים שהיה עליהם, ומי הוא הגבר שיעשה חיבור על כל התורה לקוח מכל דברי הראשונים ואחרונים ולא יכבד עליהם מלאכה מלאכת שמים, רק רוח ה' נוססה בקרבם להיות לשונם מכוון להלכה בלי כוונת הכותב, וחפץ ה' בידם הצליח. ולכן ח"ו לומר קים ליה נגד הכרעת המחבר ורמ"א'.

כן הביא הרדב"ז ח"ב סי' תתכח: 'שהדין בעצמו הוא חדוש גדול. שאם יש לדיין ראיות לפסוק הלכה כדברי החולק, או שדעתו נוטה לאחד מהם, למה יוכל אבעל דין לומר קים לי כשכנגדו. וכיון דחדוש הוא אין לך בו אלא חדושו... עוד אני אומר שאם הדיין מומחה לרבים והוא דעתו לפסוק כאחד מבעלי המחלוקת, לא מצי בעל הדין לומר קים לי כדברי החולק, אלא מוציאין ממנו בעל כרחו, דלא עדיף מהפקר ממון או הפקעתו דכיון שהוא מומחה אין לו אלא מה שענינו רואות לזמנו ושעתו. והוי יודע דמצרים אתריה דהרמב"ם ז"ל הוא ולא מצי שום בעל דין לומר קים לי כפלוגי גאון נגד דברי הרב ז"ל, וכן כל המלכות כלו וכל ארץ תימן. וכן שמעתי שדנין בארץ המערב על פיו'.

בתשובות הגאונים בסי' שמז מבואר כן שבמקום הכרעת הדיין לא ניתן לומר קים לי: תשובות לבי גאונים חלוקות זו על זו וכל אחד מבעלי הדיינין או הדיינין נקט חדא מיניהי מאי עבדין... במקום שיכולין לשאל את הדבר מבית דין הגדול שהוא קיים באותה שעה, שואלין ועושין כדבריו שנמצא הוא דן את

אותו הדין ואין לך אלא שופט שבימך... אבל בזמן שאי אפשר להעלות את הדבר לבית דין הגדול, ויש שתי תשובות לשני גאונים עושה הדין מה שהוא רואה ומה שהוא מכריע בלבבו, שאין לו אלא מה שענינו רואות. וכשנתלה בעל דין בתשובת הגאון האחד אין משגיחין עליו.

רבי יעקב חאגיז בשו"ת הלכות קטנות ח"א סי' קפב גם התנגד מאוד לאפשרות לטעון 'קים לי' ולמנוע הכרעה בספיקות: 'קים לי בגואי שאיני דן כזה, דא"כ בטלת כל החשן משפט מן העולם. ויש טענות הרבה כנגדו וחס ליה לזרעא דאבא אעפ"י שיצא מפי גדולים, וקורא אני בזה עד מתי אתה מכלה ממנו של ישראל ונותן יד לפושעים ולחמסנים, וחוששני שברוב הימים יבאו לבטל כל דיני הגמרא באומרם קים לי כהאי תנא או כהאי אמורא בטענה שהיא בלבי גלויה ומלבא לפומא לא גליא: אמר המני"ח כך מקובלני ממרי הרב מר זקני ז"ל כי בכל תחום א"י אין לומר קים לי נגד הרמב"ם ומוהריק"א ועל ראשם פי' רש"י ז"ל (עי' בח"ב סי' קי"ז) אשר הם המה אשר קבלו עליהם ועל זרעם אחריהם אבותינו וא"א גם בכל ערי ביסתן ועל פיהם יהיה כל ריב וכל נגע וכל חד מינייהו אפי' באלף לא בטיל ולקבלת סברת הרמב"ם יש רמז בבדק הבית עי"ש. ומפיו שמעתי שבזמנו חזרו גאוני צפת תו' בחברת גאוני ע"ק תו' וחידשו תוקף הסכמה זו וקבלתה דלא יאמר אדם לחבירו קים לי נגד שום אי מהנז' וכן היה נזהר ומזהיר ודבר זה גלוי ומפורסם לרבים. אלא שבעונותינו כשרבו בעלי ההוראה בנפש רחבת ידים פשו להו טובא המורים כסברת היחיד מהפוסקים האחרונים כיון שהובא בדפוס כי באמת עונשיה מסתייה אם יבטל דברי אחד מעמודי ההוראה הנז' עפ"י סברת היחיד אם לא שהיחיד הזה יהיה מפורסם בראיותיו ודבריו שכל חכמי הדור יסכימו כמותו מחמת עומק פלפולו וראיותיו כי היכי דימטי ליה שיבא מכשורא'.

#### **ד. האם על הדיינים לטעון 'קים לי' לבעל דין**

נחלקו הפוסקים באם הדיינים מחויבים ונדרשים לטעון 'קים לי' לבע"ד, ולהמנע מהכרעה מחייבת;

א. החוות יאיר בסי' קסה כתב: 'גם כאשר הבעל דין אינו מכיר את השיטות החולקות, ואינו יודע באמת לומר קים לי כשיטה פלונית - בכ"ז על הדיינים לטעון קים לי בשבילו'. ברור דלאו דווקא דאמר קים לי, דלאו כ"ע דינא גמירא, רק הדיינים יפסקו כך'.

- ב. מנגד, החתם סופר חו"מ סי' קעג סבר שאם הבע"ד לא טענו 'קים לי', לא ניתן לומר 'קים לי' עבורם: 'ועוד הרי היורשים אינם טוענים קים לי, וכי יש לדיין רשות לעורר ולומר קים לי, לא תהיה כזאת בישראל'.
- ג. בשו"ת משאת בנימין סי' טו, שהש"ך הביאו בתקפו כהן בסי' ק סבר, שחייב הדיין לומר קים לי, אא"כ מוכרע לו הדין שאין לנקוט כשיטה כלשהיא: 'היאך נאמר שאם תפס היורש זכה ואין מוציאין אותו, דלא מסתברא כלל לומר היכא דבריר לן הלכתא כחד תנא, שיתפוס בעל דין ויאמר אנא קים לי כאידך תנא, דא"כ אין לדבר סוף. דבכולה תלמודא ובפסקי הגאונים, היכא דאיכא פלוגתא ואיפסקא הלכתא כחד מינייהו לא יועיל הלכתא, רק במקום שלא יתפוס אידך. אבל אי תפס, לא מפקינן מיניה. וזהו דבר שאי אפשר ואין הדעת סובל ובהדיא אמרי' בפרק חזקת הבתים הלכתא כרבה בארעא והלכתא כרב יוסף בזוזי. ופי' רשב"ם משום דמספקא ליה הלכתא כמאן פסק בארעא כרבה היכא דקיימא ארעא תיקום ובזוזי פסיק כרב יוסף והיכא דקיימא זוזי לוקמיה ולא יוציא שום דבר מספק דהמע"ה ע"כ. משמע משום דמספקא לן הלכתא כמאן הוא דאמרינן היכא דקיימא תיקום, אבל אי הוה בריר לן הלכתא, לא אמרינן היכא דקיימא ליקום אלא הוה מוציאין מיד המוחזק'.

כן החזיק בקונטרס הספיקות כלל ו אות ו: 'שבודאי האי כללא דקים לי לא נאמר אלא כשהדיין אשר הדין ההוא בא לפניו אינו מכריע מסברתו לחד מנהון, אבל כשהוא מכריע מסברתו יכול להכריע אפילו כיחיד נגד רבים ואפילו להוציא מהמוחזק'. והוכיח כן מהמשנה בעדויות פ"א מ"ה: 'ולמה מזכירין דברי היחיד בין המרובין הואיל ואין הלכה אלא כדברי המרובין, שאם יראה בית דין את דברי היחיד ויסמוך עליו, והביא את ביאורו של הראב"ד על משנה זו: 'ופירש הראב"ד ז"ל שאם יראה לבית דין שהלכה כדברי היחיד יקבע הלכה כמותו, והלכך כל אחד מחויב להרחיב דעתו ולחזק בראיות שהראיות יתנו עדיהן ויצדקו, ואם נכוחות וישרות הן יעוררו לב הדיין המשכיל על דבר אמת להכריע כמותו'.

כ"כ בנתיח"מ בדיני תפיסה קיצור כללי דיני תפיסה ס"ק כג: 'במקום שיכול לטעון קים לי. אז אם הוא מוחזק בהדבר מעיקרא שלא מחמת תפיסה, אגן טענינן עבורו קים לי, כי כללא הוא בספיקא דפלוגתא דרבנותא אין מוציאין מיד המוחזק. אבל בתפיסה צריך לטעון קים לי דוקא, אבל אגן לא טענינן עבורו. אבל כשמת אגן טענינן עבור יתומים קים לי'.

בשו"ת יביע אומר ח"ז חו"מ בסי' ב הביא משו"ת שאלת דוד לרבי דוד מקרלין שכתב, שאין לטעון קים לי אלא אם כן הבעל דין עצמו גדול בתורה ויש לו ראיות לחזק סברת הפוסקים המזכים אותו, אז יכול לטעון קים לי כנגד רוב הפוסקים, הא לאו הכי לא. ע"ש. והביא מדברי הפוסקים ומנהג בתי הדין אם לטעון כן, והביא את הברכי יוסף (סי' כה אות ח) וז"ל: וראיתי בכתבי הקדש להרב המופלא גדול הדור כמהר"ר יצחק הכהן זלה"ה שכתב, טענת קים לי הדיינים טוענים למוחזק, וא"צ שיטעון הבע"ד עצמו, וה"ט דמספיקא לא מפקינן ממונא, ולעולם אין מוציאים מן המוחזק אלא בראיה ברורה... והוסיף הברכי יוסף שם, שמהר"ש אבוהב בשו"ת דבר שמואל (סי' מא ומד) נסתפק קצת בזה, והרצה דבריו להרב רבינו עזריה פיגו בעל גידולי תרומה. והא לך לשון רבינו עזריה פיגו בתשובה כתיבת יד, דבטענת קים לי צדקו הפוסקים שהדיינים טוענים אותה בעד המוחזק, שכל שמן הדין הוא זכאי ואין בעל הדין יודעו מוטל על הדיין להוציא הדין לאמתו. וסיים מרן החיד"א שאף שמהר"ש הלוי למד מהכנה"ג (בכללי הקי"ל אות יח) שאם הבע"ד לפנינו ואינו טוען קים לי, אכן לא טענינן ליה, כבר כתבנו שהמנהג עתה שהדיינים טוענים קים לי למוחזק, אף על פי שהוא אינו טוען.

שאלתי את רבותי לגבי החיוב לטעון 'קים לי' לבע"ד, את סבי הגר"א קלר זצ"ל הגר"י רונטל זצ"ל, הגר"י גולדברג זצ"ל והגר"ש פישר זצ"ל והם סברו שיש לדיין לטעון 'קים לי' כשיטה רווחת בפוסקים, כשאין הכרעה רווחת לדינא. כלומר, מתחשבים בדיעה חשובה גם אם לא נפסקה, אא"כ נדחתה מדינא. מה מגדיר כשיטה דחוויה שאין לה משקל לטעון 'קים לי' כמותה, לא שמעתי מהם. ומסתבר שכדרכה של תורה, כל סוגיא לגופא.

### ה. פסיקת השו"ע והרמ"א

מרן הב"י כתב שהכריע עפ"י רוב משלושה בעלי ההוראה בישראל, הרי"ף, הרמב"ם והרא"ש. ואילו הרמ"א סבר שיש לפסוק כבתראי ולכך חלק על פסקי השו"ע. וצ"ע במאי פליגי.

ראינו לעיל שאין לומר קים לי היכא שקיבלוהו עליהו פוסק כלשהוא, ואפשר שראה הב"י לנכון להכריע ללא עוררין על הפוסקים שקיבלוהו עליהם גלילות בית ישראל. שכן כבר העיד לנו מרן הב"י בעצמו בשו"ת אבקת רוכל סי' לב: 'הרמב"ם ז"ל אשר הוא גדול הפוסקי' וכל קהלות ארץ ישראל והאראביסטאן והמערב נוהגים על פיו וקבלוהו עליהם לרבן, מי שינהוג כמוהו בקולותיו ובחומרותיו למה יכפוהו לזוז ממנו. ומה גם אם נהגו אבותיה' ואבות אבותיהם

שאינן לבניהם לנטות ימין ושמאל מהרמב"ם ז"ל... אינם יכולים לכוף למעוט הקהלות שנוהגים כהרמב"ם ז"ל לנהוג כמותם'. וכן הביא הברכי יוסף או"ח בסי' שמה: 'שאנו מקובלים מגאוני מצרים ומחכמי המערב שכל הקהלות מסוף המערב וארץ מצרים וארם נהרים וארם צובה ופרת ותימן, כלם קבלו להתנהג עפ"י חיבור הרמב"ם'. וכן הרא"ש התקבל ע"י קהילות בית ישראל כפי שהביא הב"י באו"ח בסי' נא בשם הר"י לוי ׳ חביב: 'גם מנהג ספרד שהחזיקו להרא"ש לרבן על פי זה הוא מיוסד', ובייחוד בקרב בני אשכנז מחוייבים גם לשמר את מנהגם, כפי שהעיד המהרי"ל בסי' צה: 'כתב הרא"ש בתשובתו ששאלוהו על עוף... כי יש מדינות שאוכלין אותו, והשיב שאין לסמוך עליהן, דמסורת אשכנז שהוא חסידה עדיף, שהתורה ירושה להם מאבותיהם, הלכך ניסמי מסורת אחרוני מקמי מסורת דידן'.

אכן הב"י בהקדמתו לטור מפרט מדוע ראה לנכון לסמוך עוגן על עמודי הוראה אלו: 'ולכן הסכמתי לסמכו לאחד מהפוסקים המפורסמים. ועלה בדעתי לסמכו לספר הרמב"ם ז"ל להיותו הפוסק היותר מפורסם בעולם. וחזרתי בי מפני שאינו מביא אלא סברא אחת והייתי צריך להאריך ולכתוב סברות שאר הפוסקים וטעמם. ולכן הסכמתי לסמכו לספר ארבעה טורים שחבר הרב רבינו יעקב בן הרא"ש ז"ל כי הוא כולל רוב דעות הפוסקים'. וכן פירש הב"י בהמשך דבריו שם: 'ולכן הסכמתי בדעתי כי להיות שלשת עמודי ההוראה אשר הבית בית ישראל נשען עליהם בהוראותיהם הלא המה הר"י והרמב"ם והרא"ש ז"ל אמרתי אל לבי שבמקום ששנים מהם מסכימים לדעת אחת נפסוק הלכה כמותם אם לא במקצת מקומות שכל חכמי ישראל או רובם חולקין על הדעת ההוא ולכן פשט המנהג בהיפך'. ואכן מהמשך דבריו נראה שכל מקור השראתו לפסוק כמותם הינו מכח קבלת ישראל את פסיקתם: 'ואם בקצת ארצות נהגו איסור בקצת דברים אף על פי שאנו נכריע בהפך יחזיקו במנהגם, כי כבר קבלו עליהם דברי החכם האוסר, ואסור להם לנהוג היתר'.

מאידך, סבר הרמ"א לסמוך על בתראי, עפ"י פסיקת עמודי הוראה אלו.

הנה הר"י בעירובין ב"דף לה: מדפי הר"י כתב כלל גדול בדן, לפסוק כבתראי, שכן ידעו מדברי קמאי: 'דכיון דסוגיין דגמרא דילן להתירא לא איכפת לן במאי דאסרי בגמרא דבני מערבא דעל גמרא דילן סמכינן דבתרא הוא ואינהו הוי בקיאי בגמ' דבני מערבא טפי מינן ואי לאו דקים להו דהאי מימרא דבני מערבא לאו דסמכא הוא לא קא שרו ליה אינהו'.

הרא"ש במסכת סנהדרין פ"ד: 'ואדרבה אנו תופסין דברי האחרונים עיקר כיון שידעו סברת הראשונים וסברתם והכריעו בין אלו הסברות ועמדו על עיקרו של דבר. וכיוצא"ב מצינו אין למדין הלכה מפי הש"ס אלא מדברי האמוראים אנו למדין פסקי הלכות. אף על פי שהתנאים היו גדולים יותר מהאמוראים'.

הרי שדרך פסיקתם לפסוק כבתראי – היה למורה הלכה לרמ"א כפי שהעיד ובאר בהקדמתו: 'ידוע שהרב המחבר בית יוסף, בטבעו אל הגדולים נכסף, ופסק הלכה בכל מקום על פי שני ושלושה עדים, המה הגאונים הנחמדים, הרי"ף והרמב"ם והרא"ש בכל מקום ששנים מהם לדעת אחת נצמדים, ולשאר רבוותא אדירי התורה לא חש עליהם, רק במקום גדולים עמד לפסוק הלכה כדברי שניהם, ואף כי הם קמאי ולא בתראי ולא חש לדברים שזווחו בו קמאי דקמאי, הלא הרי"ף שפסק סוף פ"ב דעירובין והסכימו עמו רבים לפסוק הלכה בכל מקום כבתראי ולא לחוש לדברי קמאי, ואפילו במקום הרב אצל התלמיד, וכן פסקו האחרונים תמיד, ובראשם מהרי"ק ומהרא"י בתשובותיהן הנעימות, אשר בהן האירו כל מחשך וגילו כל תעלומות, וע"י זה הדבר סתר כל המנהגים אשר באלו המדינות, אשר רובם בנוים על הכלל הזה בפשיטות ותמימות, ואין מפקפקים אחר דבריהם, ולכן לא רציתי ג"כ לחלוק עליהן, וכתבתי אצל כל דבר הכי נהוג, וטעמי ונמוקי עמי... בענין פסק הלכה בכל מקום שמנהגי בני אשכנז ובני הגלות הלז אשר מבני צרפת אינן נוהגין כדבריו... כל דין מסודר בסדר נאה וקצר על פי מקומו הראוי לו נכלל בחבור זה הנקרא דרכי משה'.

כן הורה החכם צבי בסי' סא שיש לתפוצות אשכנז לנהוג כדעת הרמ"א: 'עתה בזמנינו זה שזכינו לדברי הרב הגדול בעל המפה ז"ל ונהגו כמותו בכל תפוצות אשכנז ופולוניא ובודו"ץ מכללם והרב ז"ל פסק בהדיא דאם תקפו כהן מוציאין אותו מידו ואפי' אם נתנו לו הישראל בטעות ואח"כ נודע לו צריך להחזיר לו ולהיות שאין כאן תפיסה אין צורך להאריך בה'.

### **ו. עדיפה פסיקה מסברא או ממסורת**

מצאנו לכאורה מחלוקת קמאי האם יש להעדיף לעיין בתשובות הגאונים הקדמונים בכדי לפסוק במקרה שלפניך, או שיש להעדיף את כח העיון והסברא האישית למצוא היקש וראיה לפסוק בדין שלפנינו.

בשו"ת הר"י מגאש בסי' קיד נשאל כן: 'שאלה מה יאמר אדוננו באיש שלא קרא מעולם הלכה עם רב, ואינו יודע דרך הלכה ולא פירושה ולא קריאתה, אלא שהוא ראה הרבה מתשובות הגאונים ז"ל וספרי הדינים... גם הרבה מן

הגאונים הורו בתשובותיהם על שאלה אחת, ואח"כ חזרו בהם מאותה הוראה או השיגו אותם אחרים בכך. ואם איש שעיקר ידיעתו בתשובות אלו, ואינו מבין הצדק מהם מבלתי הצדק, אם יוכל להורות בענין אחד או בנדון אחד ויפסוק הדין בו, ואפשר להיות שאותה שהורה ממנה כבר חזר בו המורה בה, ומי שאינו מבין עיקר הדין ולא מאיזה מקום יצא מן התלמוד אם הוא מותר להורות או אם ראוי לסמוך עליו בשום דבר'.

והשיב הר"י מגאש: 'תשובה דע שהאיש הזה ראוי יותר להתיר לו להורות מאנשים רבים קבעו עצמם להוראה בזמננו זה, ורובם אין בהם אפי' אחד משני דברים אלו, רצוני לומר הבנת ההלכה והעמידה על דעת הגאונים ז"ל. ואותם שמדמים להורות מעיון ההלכה ומחוזק עיונם בתלמוד, הם שראוי למנעם מזה, לפי שאין בזמננו זה מי שיהי' ראוי לכך ולא מי שהגיע בחכמת התלמוד לכלל שיורה מעיונו מבלי שיעמוד על דעת הגאונים ז"ל. אבל מי שמורה מתשובות הגאונים וסומך עליהם, ואף על פי שאינו יכול להבין בתלמוד, הוא יותר הגון ומשובח מאותו שחושב שהוא יודע בתלמוד וסומך על עצמו. שהוא אף על פי שהוא מורה מסברא בלתי אמתות מראיות הגאונים ז"ל, מ"מ אינו טועה בזה, לפי שהוא מה שעשה ע"פ ב"ד גדול מומחה לרבים עשה. ומי שמורה מעיונו בהלכה אפשר שהוא חושב שאותה הלכה מחייבת אותה הוראה, והיא אינה מחייבתה והטעהו עיונו או טעה בפירושה. ואין בזמננו זה מי שיגיע בתלמוד לגדר שיוכל לסמוך להורות ממנו... עד שאני אומר שמי שאינו סומך על עצמו אם הוא נתלה בתשובות הגאונים ובהוראתם שהם הלכות פסוקות וסברות קצרות ברורות, הוא יותר משובח מאותם המדמים להורות מן התלמוד'.

מנגד סבר המהר"ל בנתיבות עולם פט"ו ובאר עפ"י הגמ' בסוטה בדף כב. המגנה את אלו שמורין הלכה מתוך משנתם, ואמרה שהם מבלי עולם: 'כי עיקר התורה כאשר הוא מורה הלכה למעשה, ודבר זה ראוי שיהיה יוצא מן התורה אשר התורה היא שכלית, ודבר זה הוא התלמוד שהוא שכלי ומזה ראוי שיהיה יוצא ההלכה למעשה, ודבר זה בודאי קיום העולם שעומד על התורה, ולפיכך התנאים שמורים הלכה מתוך המשנה הם מבלי עולם... ואלו ידעו המחברים כי החיבורים ההם יהיו גורמים שיהיו עוזבין את התלמוד לגמרי ויהיו פוסקים מתוך החיבורים, לא היו מחברים אותם. כי יותר ראוי ויותר נכון שיהיה פוסק מתוך התלמוד ואף כי יש לחוש שלא ילך בדרך האמת, ולא יפסוק הדין לאמתו שתהיה ההוראה לפי האמת, מ"מ אין לחכם רק מה שהשכל שלו נותן ומבין מתוך התלמוד, וכאשר תבונתו וחכמתו תטעה אותו,

עם כל זה הוא אהוב אל השי"ת כאשר הוא מורה כפי מה שמתחייב מן שכלו, ואין לדיין רק מה שענינו רואות, והוא יותר טוב ממי שפוסק מתוך חיבור אחד ולא ידע טעם הדבר כלל שהולך כמו עיור בדרך'.

כן באר המהרש"א בחידושי אגדות בסוטה שם: 'וכדמסיק שמורין הלכה מתוך משנתן בלא שימוש ת"ח... ובדורות הללו אותן שמורין הלכה מתוך שו"ע והרי הם אין יודעין טעם הענין של כל דבר, אם לא ידקדקו מתחלה בדבר מתוך התלמוד שהוא שימוש ת"ח וטעות נפל בהוראותם, והרי הן בכלל מבלי עולם ויש לגעור בהן'.

הרי שיש לפנינו מחלוקת. לדעת המהר"ל והמהרש"א עדיף לברר הלכה מתוך עיון וסברא ואין לדיין אלא מה שענינו רואות, ואילו לר"י מגאש עדיף לפסוק מפסקי הגאונים ממה שיברר בעצמו ההלכה מתוך התלמוד.

וראה בשו"ת להורות נתן בהקדמתו לח"ב שביקש לומר שלא פליגי הדיעות, ובאר את כוונת ההדרכות דלעיל כך: 'אמנם באמת נראה כי אין דברי רבותינו סותרים זה את זה, כי המהר"ל ז"ל מדבר מסדר הלימוד כפי שהיה ראוי להיות לכתחילה, דלענין סדר הלימוד האמתי ודאי דהכל מודים שהעיקר לברר את ההלכה ממקורותיה הראשונים דהיינו מהתלמוד, וכאשר עשו כן כל רבותינו הראשונים ז"ל ובכללם הר"י אבן מיגאש ז"ל. ברם דברי הר"י אבן מיגאש אמורים במי שלא הגיע בחכמת התלמוד לכלל שיורה מתוך עיונו והוא עלול להשתבש, על כגון דא כתב דמוטב שיורה מתוך הלכות פסוקות של הגאונים, והוא משובח מאותן המדמים לפסוק מן התלמוד ואין דמיונם עולה יפה. ובזה גם מהר"ל מודה, שהרי הוא מסיים דבריו שבדור הזה שאינם בקיאים בתלמוד אין אנו ראויים לפסוק הלכה. ואף שהמהר"ל כתב דיותר נכון לפסוק מתוך התלמוד גם אם יש לחוש שלא ילך בדרך האמת ויטעה מ"מ אין לחכם אלא מה ששכלו נותן - הנה דבריו ז"ל אמורים כלפי חכם מובהק שיגע ומצא כדי מדתו והגיע למעלת ההוראה והוא מוחזק בעיונו שהוא אמת, אלא שלפעמים עלול להשתבש כי שגיאות מי יבין, על זה אמר שאין לדיין רק מה שענינו רואות ולא יחשוש שמא השתבש'.

## **ז. תפיסה בספק הש"ס**

הנפק"מ לשאלה אם ניתן להכריע בספיקות הש"ס וברבוותא הינה, באם מהני תפיסה במצבי הספק.

בספק 'תיקו' שבש"ס: נחלקו הראשונים אם מהני תפיסה היכא שנותר הש"ס בתיקו, ואין יכולת להכריע כאחד הצדדים; הרי"ף בב"ק בדף יט. הרמב"ם (בהל' נזקי ממון פ"א הי"א, ופ"ב הי"ה, ופי"ג הי"ד, ופי"ב הי"א, והל' גניבה פ"ב הי"ב, ופי"ד הי"ז, והל' חובל ומזיק פ"ד הי"א, ופי"ח הי"ז, והל' מכירה פי"ג הי"י, ופי"ח הי"ה, והל' שאלה פי"ח הי"ו), הסמי"ג עשין ריא והגהות מיימוניות (פ"ח מחו"מ אות ח) פסקו שמהני תפיסה.

ואילו הר"י והתוס' בכתובות בדף כ,א בד"ה ואוקי והרא"ש סברו שתפיסה לא מהניא בספיקא דדינא.

ז"ל הרא"ש בב"מ פ"א סי' יג: 'דתפיסה לא מהניא אלא למי שטוען ברי אבל הכהן הזה אפילו אחר שתפס אין לו אלא טענת שמא הלכך מפקינן מיניה דמוקמינן ליה בחזקת מרא קמא'. וכן כתב רא"ש בב"ק פ"ב בסי' ב: 'כיון שעלתה בתיקו והוא מוחזק הלכך אין נפקותא בבעיא זו... מיהו תימה כיון דספיקא דדינא הוא מאי מהניא תפיסה, כיון דלא איפשיט הבעיא אוקי ממונא בחזקת מריה ושלא כדין תפס, ודמיא לההיא דפ"ק דבבא מציעא גבי ספק בכור... וכן נוטה דעת רבינו יצחק בעל התוס' ז"ל בפ"ב דכתובות. הלכך נראה... אפילו אם תפס... מפקינן מיניה'.

כן סבר בשו"ת הרשב"א ח"א סי' שי: 'צללת במים אדירים. ואולם פשוטן של דברים ענין מבואר ומאמרים ברורים. ספק בכור זה שנולד בעדרו של ישראל. כל שלא נתברר שהוא בכור אינו חייב ליתנו לכהן... והלכך כשתקפו כהן הוא דמוציאין מידו דאפילו כהן בעצמו אינו יכול לטעון בו ברי אלא שמא'. סברו שתפיסה לא מהניא בספיקא דדינא. שכן התפיסה מבוססת על הכרעה שלא ניתן להוציא ממון. אך אם הספק לא יכול להיות מוכרע, ממילא אף יוציאו את החפץ התפוס מהמוחזק.

אך הש"ך נימק זאת בטעם אחר, כפי שמובא בקיצור תקפו כהן בסי' סג: 'והטעם דכל ספיקא דתיקו הוי לאחר הספק, דספק נולד בימי הש"ס'.

#### **ח. נחלקו הראשונים אם מהני תפיסה בספק הפוסקים**

המהרי"ק בשורש קסא סבר דמהני תפיסה, וראיתו מר' שמואל ב"ר ברוך דפוסק בנדונית חתנים דנחלקו ר"ת ורש"י ואין בדורנו מי שיכריע, ומכל מקום פסק דאם תפס החתן משל חמיו לא מוציאין, ש"מ דמהני. והבדיל מתפיסה במקום שיש תיקו, שכן יכול לומר כטענת ברי שסומך על הנך רבוותא דסברי

הדין אתו עמו, וכ"כ התוס' הך סברא בפרק המדיר (כתובות עו: ד"ה על בעל) בשמעתיה דמומין, בשם ריב"א, דהוי כמו ברי.

אך התרוה"ד בסי' שכא סבר שאין לחלק בין תפיסה בתיקו לתפיסה בפלוגתא דרבוותא, ולא מועילה תפיסתו במקום הספק: 'מסקנא דמלתא בני"ד... דתפיסה לאחר שנולד הספק בספיקא דדינא, לא מהני כמו שביארנו'. וכן חזר ע"כ התרוה"ד בסי' שנב: 'ובני"ד, בפלוגתא דרבוותא לא שייך ה"ט דמי יעיד לנו שהלכה כדבר פלוני או כדבר פלוני, לכך בעינן למעבד חלוקה'.

הש"ך נקט כמהרי"ק דמהני תפיסתו במקום ספק דרבוותא, מכמה אנפי; א. הוי טענת ברי, כמו דהוי ברי הטוען עפ"י ע"א ושני עדים אף דהוא לא ידע כלל. ב. כיון דהרשות לדיין להכריע בין הפוסקים, א"כ כל כמה דלא נפסק הדין והכריע, לא נולד הספק מקרי, דאולי יכריע הדין כהך דתופס, ואם כן תפיסה קודם שנולד הספק מיקרי. ג. מועילה תפיסה בכל מקום מדין 'עביד אינש דינא לנפשיה'. ולא ראה בתפיסה כדין כל דאלים גבר.

כן נקט הש"ך בסי' קעה סק"ב לדינא, כאשר ישנה מחלוקת בין הדיינים וכבר תפס צד אחד: 'כל היכא דאירע עובדא כה"ג שדיין א' פסק כך ונתן החציה ליורשי' גדולים ואח"כ פסק דיין אחר להפך, הוי ספיק' דדינא. אי הגדולים צריכים ליתן לקטנים וכדפי', ואי תפסי קטנים מן הגדולים, לא מפיקנן מנייהו. וכן בכל דוכתא היכא דאירע כה"ג כן נ"ל'.

ברם רבי יונתן אייבשיץ באורים ותומים ב סימן קכג חלק עליו וביאר אימתי איכא יכולת לטעון קים לי בספיקא דרבוותא: 'מה שכתב דיכול לטעון קים ליה אפילו במיעוט הפוסקים במקום דרוב חולקים, אמת שכן כתבו רבים מהמחברים... אבל נראה הענין בתוס' כך, דודאי כך קבלה בדיני ממונות מבלי להוציא ממון מיד מוחזק בספק, וזהו כלל גדול בדין הממע"ה אפילו במקום רוב... ואם הדין כן, בואו ונצוח על רבינו הגדול הבית יוסף שפסק בשו"ע חשן משפט הלכה פסוקה כרוב, ונשען כמו שכתב בהקדמת ספרו על רוב בנין ומנין, ואיך לא חש כי המוחזק יכול לומר קים ליה. ואף הרמ"א לא הגיה רק במקום שרבים חולקים בעלי תוס' וסייעתם אשר מימיהם אנו שותים, אבל אם נאמר כדברי הפוסקים הללו, ממש בכל חו"מ אין כאן הלכה פסוקה אחד מאלף, ואיך עשה רבינו ב"י כן, הלא לא הכריע בעוצם הראיה, רק מכח רוב, והלא לא אמרינן כן בדיני ממונות, ולכן לענ"ד צריך ישוב גדול בזה כי אין למחברים בזה מקום לסמוך'.

ועכ"פ הנכון כמו שכתב הש"ך כי הכל תלוי בראות עיני הדיינין לפי ענין הנדון וצריך ישוב גדול, כי לולי זאת ח"ו תיפוק תורה ויהיה ממש כל דאלים גבר, ובעו"ה נשכח התורה מאתנו אשר אין בכל חו"מ ממש דין אחד שאין בו בכללים או בפרטים מחלוקת הפוסקים ראשונים או אחרונים, וא"כ לשוא עמלו בונים הפוסקים ומחברים בראיות שונות ופלפול עמוק בתורה, כי לעולם המוחזק יטעון קים ליה וח"ו תורתנו הפקר, ולכן צריך ישוב רב ובפרט דין שנזכר בשו"ע, והמתבר והרמ"א השמיטו דעת החולק, קבלה בידי וכן ראיתי מדיינים מומחים וכן דן אני ובא מבלי לטעון קים ליה כדעת החולק, כיון שהרב ב"י ורמ"א שמו זכרונו אחרי הדלת אין לחוש לו, וקיימו וקבלו חכמי הדור לשמור ולעשות ככל האומר במטבע הקצר שו"ע והגהת רמ"א.

ולדעתי אין ספק כי הכל בכתב מיד ה' השכיל על ידם, כי קושיות רבות שהקשו עליהם אחרונים ותירצו בדרך חריף ועמוק, וכמו כן כללו במתק וקוצר לשונם דינים הרבה, ולאין ספק שלא כווננו להכלל כי איך היה אפשר לרב המלאכה מלאכת שמים שהיה עליהם, ומי הוא הגבר שיעשה חיבור על כל התורה לקוח מכל דברי הראשונים ואחרונים ולא יכבד עליהם מלאכה מלאכת שמים, רק רוח ה' נוססה בקרבם להיות לשונם מכוון להלכה בלי כוונת הכותב, וחפץ ה' בידם הצליח. ולכן ח"ו לומר קים ליה נגד הכרעת המחבר ורמ"א... וכן מצאתי בתשובת חות יאיר... דלא מצי לטעון קים ליה נגד הפשט השו"ע והרמ"א.

אך בקונטרס הספיקות כלל ו אות ו, לרבי יהודה אחי הקצוה"ח, הסכים עם הש"ך, שמהני לומר קים לי, וסבר שאין כאן פסיקה של רוב שיש לקבלה ללא עוררין, שכן לא ישבו יחדיו לברר הדין, ואין לילך בתר הרוב בכה"ג. ומה שפסקו כדעת הרמ"א ללא חולק, הוא רק מטעם שקיבלו עליהו הציבור את פסקו, אבל במקומות אחרים לא יחייב פסקו: יולי נראה בטעמא דהאי מילתא על פי מה שכתב הרדב"ז [ח"ד סימן אלף קפ"ז], דלא מהני קים לי אלא היכא שלא קיבלו עליהם לדון כפי פוסק ההוא, אבל במקומות שנהגו לפסוק כהרמב"ם או הרא"ש אין לומר קים לי כנגדם, ולפי זה אפשר דבחד אפילו נגד שנים נהגו שלא לפסוק כוותיה, משום הכי המוחזק אינו יכול לומר קים לי כוותיה. והכי משמע מלשון מוהרי"ק בשרש קמ"ט שכתב ז"ל, ופשיטא... ואפילו תפס הוי מפקינן מיניה. וזה פשוט לכל מאן דנחית לעומקא דדינא דלא גרע מהיכא דסוגיא דעלמא כחד דאזלינן בתריה, ע"כ.

כן הרדב"ז ח"ד ס"י קטז (אלף קפז) סבר שאמרינן קים לי כשלא קיבלו עליהם פוסק כלשהוא, אך אם קיבלוהו עליהם לא יוכלו להשמט מדעתו ולא יאמרו

קים לי כנגדו: 'ועוד אני אומר דעד כאן לא קאמר מהר"ר יוסף קולון בשם המרדכי דמצי למימר קים לי כפלוגי להחזיק הממון בידו, אלא היכא דלא קבלו עליהם לדון כפלוגי פוסק, או שלא נהגו לדון כאחד מן הפוסקים. אבל היכא דנהגו לפסוק כדעת הרמב"ם ז"ל כי אתרין, או כדעת הרא"ש ז"ל כי אתרייכו, לא מצי למימר קים לי כפלוגי, שהרי כל השטרות וכל ההלואות לדעת אותו פוסק נעשו והיו כאלו קבלוהו עליהם שאין לסופר לכתוב את השטר לדעת כל הפוסקים מפורסמים או בלתי מפורסמים... דאי לא תימא הכי, לא שבקת חיי לכל בריה, דאפילו שהוא חכם גדול לא תקיף ידיעתו לכל הפוסקים כי אפשר שיש פוסק א' שהוא לא ראה ויאמר בעל הדין קים לי כאותו פוסק. אלא ודאי כיון שנעשה השטר לדעת אותו פוסק שנהגו לפסוק כמותו, תו לא מצי אידך למימר קים לי כפוסק אחר, ודוק'.

### ט. המוחזקות מכח הספק

ראינו לעיל מחלוקת הראשונים אם מהני תפיסה בעת הספק. ויש לבאר מכח מה המוחזק תופס בחפץ, ועד כמה תפיסתו מהווה כבעלות על שבידו.

הגמ' בב"מ בדף ו': הסיקה עפ"י דברי רבה שתקפו כהן מוציאין מידו. כלומר לא מועילה תפיסה, וכך נקטו הר"י, התוס' והרא"ש שלא מהני לתפוס בעת הספק. אך הרמב"ם בהל' בכורות פ"ב ה"ו וכן בפ"ה ה"ג הבין שלא מוציאין מיד הכהן, כלומר מהני תפיסה במקום הספק עפ"י דברי רבי חנינה, וכן משום הכלל שהמוציא מחבירו עליו הראיה, כפי שבארו הרשב"א בשו"ת ח"א סי' שיא.

והקשה החמדת שלמה בסי' א מדברי הגמ' בב"ב בדף פא: שאם קנה שני אילנות בשדה חבירו ויש ספק אם קנה גם את הקרקע, שמביא ביכורים ואינו קורא, שכן לא מוציאין את קרקע מידי המוכר בשל הספק, ולא אמרינן שהקרקע של הלוקח, אך הלוקח צריך לנהוג בפירות כביכורים. והלא, אף אם הלוקח יתפוס הקרקע יוציא מידו, ומדוע צריך לנהוג בפירות כביכורים?

עוד הקשו האחרונים, המאיר לעולם בסי' יד והקובץ הערות סי' עא מדברי הגמ' בגיטין בדף מב: שדנה על עבד כהן שרבו הפקירו אך עדיין מעוכב גט שחרור, ואין לרבו בעלות ממונית אלא רק קנין איסורי, אם אוכל בתרומה. וביקשו לפשוט מהנאמר לגבי כהנת שתערב וולדה עם שפחה ששניהם אוכלים בתרומה ממה-נפשך, או שהוא כהן או שהוא עבד. נמצא, שאף שאין לכל אחד מהם זכות ממונית על השני, אכתי אוכל בתרומה. ותימה, הלא כיון שאין אחד מהם יכול לתפוס, אזי אינו ממונו, וכיצד הוא אוכל בתרומה.

## י. מהות התפיסה בעת הספק

החמדת שלמה שם חילק כפי שבארו הקהלות יעקב בב"מ סי' יא בין ספקא דדינא לספק במציאות. ספק בבכור הוא ספק מציאותי לכן יותירו אותו אצל בעליו הישראל שהוא המרא קמא שלו, ואם יתפוס הכהן יוציאו מידו. אך בספק הקרקע בשני אילנות הינו ספק בדין, וחזקתו של המרא קמא הורעתה. והביא משנה למלך בהל' שכירות פ"ז ה"ב שספיקא דדינא הוא כתרי ותרי ואין להעמיד בידי המר"ק (לדעת הקהילות יעקב לכו"ע הדין כן בספקא דדינא). בטעם הדין באר רעק"א בשו"ת בסי' לו משום שבכח חזקת המר"ק להכריע ולבאר מי הבעלים כשיש ספק מציאותי אך אין בכוחה להכריע את הספק בדין. ויש לתמוך דבריו בדברי התוס' בב"ב בדף לב: בד"ה והלכתא: 'וצריך לדחוק ולפרש ולחלק בין ספיקא דתרי ותרי לספיקא דדינא, דהא דלא אוקמה בחזקת מרה קמא כמו בנכסי דבר שטיא... התם הוו תרי ותרי כמאן דליתנהו דמי ואוקמי' ארעא בחזקת מרה קמא, אבל הכא דמספקא לן דינא כמאן התם לא שייך כולי האי למימר אוקמה אחזקת מרה קמא ונוציא מיד המוחזק'. והמאיר לעולם נקט שבספק מציאותי פעמים שאכן דינו כד ופעמים כד, אפשרו להכריע עפ"י המר"ק, אך בספק בדין הלא תמיד הדין שווה, וכיצד נאפשר למר"ק להכריע (הקושיא השניה לא תתיישב בכך, שכן הינה גם ספק מציאותי כמו בבכור. ומאיר לעולם יישב בחידוד, שאם נחמיר על אחד שלא לאכול תרומה, משום שאינו קנין כספו ואינו עבדו, אזי יהיה הוא כהן, וממנ"פ יאכל בתרומה). למדו מכך, שהתפיסה בספק מציאותי הינה מכריעה את הספק ומחזיק בו כוודאי, לעומת תפיסה בספק בדין שהיא הנהגה מעשית במצב הספק.

הנתיחה"מ שהובא בחמדת שלמה הקדים לשאול מדוע יש לספיקות דין וודאי בדיני איסורים, כלומר מדוע נכנסים הספיקות לדיר להתעשר כוודאי. הלא נשאר הספק ביד הישראל רק מכח היותו מוחזק בו ומדין המוציא מחבירו עליו הראיה, ואינו גזירת הכתוב, אלא סברא להותירו בידו הישראל, וכיצד מכניסו לדיר להתעשר כוודאי? ע"כ שכיון שנפסק המוציא מחבירו, מתייאשים הבעלים בהעדר יכולת לברר לעולם, ושפיר זוכה בו הבעלים הישראל וברשותו כבוודאי, וכבר אינו ספק. וכיון שבקרקע אין ייאוש, נותר בספק גמור, ושפיר מביא ואינו קורא. לדבריו, המוחזק בעת הספק אינו מוחזק כוודאי, אא"כ מדיני הייאוש זוכה בו.

כן עולה מתירוצו השני של החמדת שלמה, שרק לגבי מתנות כהונה נאמר שלא מהני תפיסתו של הכהן, כיון שהוי ממון שאין לו תובעים ומעולם לא זכו בו הכהנים. אך בשאר ספקות ממון יש צד ששייך לצד שכנגד, ולכן כל תפיסתו אינה אלא בספק. וא"כ אם השני יחטוף ויקדש אישה בממון המסופק, היא תהיה ספק מקודשת. נמצא, שכל המוחזקות הינה מוטלת בספק.

מעין זה באר הזכר יצחק בסי' נד שאין הכהן יכול לתפוס משום שזכותו נובעת מהקנאת התורה את המתנות כהונה, ואם ישנו ספק ואין הקנאת המתנה, ליכא דררא דממונא לכהן, ולהכי מוציאין מידו. ברם בשאר ספק בהקנאת המוכר ב' אילנות הלא אין הבעלות נגזרת מהספק, ואפשר שאכן מכר את הקרקע כבר, ועל כן נותר הספק על כנו, אף אם הינו מוחזק בדבר.

הדברי חיים אורבאך, דיני חמץ בסי' ב הבין שאף שלא מהני להוציא מיד המוחזק, ומוציאין מידי התופס, אין זה מדין בעלות וודאית של המוחזק. ואין בכח חזקת המר"ק להכריע את הספק, ולא לעשותו וודאי. אלא כיון שנותר בידו של המוחזק, זוכה בו בזכייה מחודשת, ולהכי מוציאין מידו של הכהן. והקי' בשערי יושר שער ה פ"ו דלדבריו זוכה ישראל בספק בכור מדין זכיה מחודשת, והלא דין הוא לפטור את הלקוח מבכורה ואינו מתעשר כלל.

השערי יושר בריש שער ה הביא את קושיית מהר"י באסן כיצד מחזיק בממון המסופק ואינו חושש לגזל רעהו. ומאן ביישובו של המהר"י באסן שבממונות לא שייך להחמיר כמו באיסורין, ולא רוצים ליתן לתובע לעבור על ספק גזל, ולהכי מעדיפים להותירו ביד המוחזק. וכן לא קיבל את יישוב התומים בקיצור תקפו כהן סי' כג ס"ק מג שלא אסרה תורה אלא את הגזל הוודאי ולא את הספק. ויישב עפ"י קונטרס הספיקות פ"א סי' ו: 'ויראה לי דפירוקא דהאי מילתא כך הוא, שלא אסרה התורה את הגזל אלא מה שהוא של חבירו מצד הדין, אבל מה שהוא שלו מצד הדין לא אסרה עליו התורה, והלכך ספק ממון שהדין בו המוציא מחבירו עליו הראיה, גם דררא דאיסורא לית בה כשאינו מחזירה'.

הגר"ש שקופ באר שאיסור גזל הינו לקחת ולהוציא ממי שזכאי בממון עפ"י מעמדו המשפטי. כלומר, תחילה יש לדון ולנתח את ההגדרה הממונית, מי הינו בעלים של הממון, ואז להחיל את האיסור 'גזל' על מי שמוציא ממנו: 'וביאור ענין זה הוא לעני"ד על פי הקדמה כללית, דכל דיני המשפטים של דיני ממונות בין איש לרעהו, אינם כדרך כל מצוות התורה. דבכל המצוות הוא מה שהזירה לנו תורה בעשה ול"ת, חיוב קיומם עלינו הוא העיקר לקיים מצות

ה', ובדיני ממונות אינו כן, דקודם שחל עלינו מצות ה' לשלם או להשיב, צריך שיוקדם עלינו חיוב משפטי, דהרי אף אם קטן הוא הגזול דאינו בר מצוות, מ"מ מוטל על ביי"ד להציל עשוק מיד עושקו לכוף את הקטן להחזיר החפץ הגזול לבעליו. ועוד כלל עיקרי בזה דהיכא שאנו דנים על איזה זכות וקנין של אדם באיזה חפץ או שעבוד ממון, אין אנו דנים כלל על ענין שמירת איזו מצוה, אלא ענין מציאות למי קנוי הדבר, ומי ומי ראוי על פי תורת המשפטים להחזיק את החפץ...

והנה הלאו של איסור גזל הוא, שלא יגזול איש מחבירו דבר שעל פי תורת המשפטים הוא של חברו, וכן לא יעשוק שכר שכיר מה שעל פי משפט התורה הוא חייב לשלם, ואיך שייך לדון שיחוש מי שיעכב הממון תחת ידו על פי משפט התורה לאיסור גזל, אם הממון הוא שלו על פי משפט התורה איזה איסור גזל אפשר בזה, דהלאו של לא תגזול הוא לאו כללי דאסור לגזול משל חברו מה שהוא שלו... ולפי"ז נלענ"ד ברור דספק גזל אסור מה"ת ככל ספק איסור תורה, אלא דספק גזל הוא דבר רחוק מן המציאות, דבכל ספק ממון הורו לנו חכמים איזה משפט על פי תורת המשפטים, וכיון שאיכא בזה איזה דין משפטי, כבר ליכא ספק איסור גזל, אלא או שהוא ודאי גזל או שהוא ודאי היתר, דאם יתפוס התובע במקום שנפסק הדין דלא מהני תפיסה, הוא גזל ודאי, ובמקום דמהני תפיסה הוא ודאי היתר, וספק גזל היכא דליכא בזה שום משפט דיני ממונות כגון לגזול מאיש שהוא ספק נכרי ספק ישראל למ"ד גזל נכרי מותר, בכה"ג יהיו ספק איסור ככל איסורי תורה, דבכה"ג אינו ענין כלל לדיני המשפטים. נמצא לדבריו, שהמחזיק תופס בעת הספק בתורת וודאי, אך לא כוודאי מחמת בירור העבר וכהתבהר הספק, אלא כאמת ובעלות משפטית מוחלטת.

והמשיך הגר"ש שקופ שם פ"ו לבאר שלא רק לגבי איסור גזל לא אזלינן בתר האמת כלפי שמיא אלא עפ"י הידוע לנו, אלא בכל התייחסות של בעלות ממונית יש לבחון עפ"י הידוע לך. אך ישנן מצוות שחלות עפ"י מה שגליא כלפי שמיא. ובכך יישב את הקושיות מהגמ' דלעיל, שכן חיוב בביכורים והיתר אכילה בתרומה חלים לפי מה שכלפי שמיא גליא, ושפיר מוכרח להביא הביכורים בעת הספק ולאכול בתרומה. אך הבעלות על הקרקע תהיה לפי גדרה שידועה לנו, ולדין המוציא מחבירו עליו הראיה מותרת אצל המוחזק.

## **בדין הפקעת קידושין למפרע בעניין שיטת רב בביטול הגט (לר"נ ולר"ש) עיון בשיטות התוספות בריש פרק השולח**

### **א**

למדנו במשנה במסכת גיטין (לב ע"א):

מתני'. השולח גט לאשתו, והגיע בשליח או ששלח אחריו שליח, ואמר לו גט שנתתי לך בטל הוא - הרי זה בטל; קידם אצל אשתו או ששלח אצלה שליח, ואמר לה גט ששלחתי לך בטל הוא - הרי זה בטל; אם משהגיע גט לידה, שוב אינו יכול לבטלו...

הגמרא דנה שמה על כל חלקי המשנה וביחס לקטע אחרון פרשה את המשנה כך: "אם משהגיע גט לידה - אינו יכול לבטלו, פשיטא! לא צריכא, דמהדר עליה מעיקרא לבטולי, מהו דתימא, איגלאי מלתא למפרע דבטולי בטליה, קמ"ל." לפרש את דברי הגמרא אלו כתוב בתוספות מסכת גיטין (שם) ד"ה מהו, כך:

מהו דתימא איגלאי מילתא למפרע דבטולי בטליה קמ"ל - ורבא דאמר לקמן (דף לד.) דגלוי דעתא בגיטא מלתא היא היינו שנודע קודם שהגיע גט לידה אבל אם לא נודע אותו גילוי דעתא עד אחר שהגיע לידה לאו כלום הוא כגון דהוה רהיט בתר שליח לבטוליה וסבר שליח דהא דרהיט בתריה דבעי למימר אשור הב לה כדאמר לקמן (שם) וכי מבטל ליה אחר שבא לידה לפי שסבור שעדיין הוא ביד השליח ולא בא לידה אגלאי מילתא למפרע דלבטולי הוה רהיט קמ"ל מתני' דלאו כלום הוא וטעמא משום דבאותה שעה שהוא רץ לא נודע דעתו לא לשליח ולא לאשה ולא לב"ד והווי להו דברים שבלב דאינן דברים אף על פי שנאמן לומר כך היה בלבי,

ואף ע"ג דבעלמא גבי ההוא דזבין אדעתא למיסק לארץ ישראל (קדושין דף מט:): בדין הוא דלא הוו דברים כיון שלא חשש לפרש רוצה הוא שיתקיים הדבר בכל ענין,

אבל כאן עושה כל מה שיכול לעשות מ"מ עשאום כדברים שבלב ואין להקשות דמי איכא מידי דמדאורייתא לא הוי גט ומדרבנן הוה גט דכיון שקצת דומה לדברים שבלב לא חשיבא עקירת דבר מן התורה ועדיפא מינה אמרינן בבטול שלא בב"ד בלא ידיעת שליח ואשה דמשמע פשט הלכה דלא הוי בטול וצ"ע כי שמא בטול שלא בב"ד אינו מועיל להקל אבל יועיל להחמיר

ועוד נראה לר"י כי דברים שבלב אינן דברים אפי' היכא דקי"ל שנאנס מלפרשם כמו שרוצה להוכיח בפ"ב דקדושין (דף נ.) דדברים שבלב אינן דברים וכופין אותו עד שיאמר רוצה אני דגט ודכפרה ולא מהני דברים שבלב להיות דברים אלא היכא שבלא גילוי דעתו יש לנו לדעת דעתו מעצמנו.

המחלוקת בין שני תירוצי תוס' היא: האם יש כאן דברים שבלב מדרבנן או מדאורייתא. לפי התירוץ הראשון של תוס' משמע שהדברים שבלב הם רק מדרבנן ("מ"מ עשאום כדברים שבלב"), ומה"ת הביטול הוא ביטול, ואין כאן גט, אלא חכמים עקרו את הביטול, ונמצא שיש כאן גט, והיא אינה אשת איש. לפי תירוץ הר"י, יש כאן דברים שבלב מדאורייתא וממילא אין כאן ביטול ולכן הגט הוא גט ואין כאן אשת איש מן התורה.<sup>1</sup>

לפי השיטה הראשונה של תוס' המנגנון של הפקעת הביטול של הבעל הוא עקירת דבר מן התורה כיון שזה קצת דומה לדברים שבלב, ובדבר כזה יש לחכמים כח לעקור דבר מן התורה אפילו בקום ועשה. וכך תוס' למדו בשיטת

<sup>1</sup> ראה עוד דברי הפני יהושע על סוף דברי תוס' אלו שהציע פירוש אחר למה יש דברים שבלב מדאורייתא ואין כאן ביטול והגט חל: "בא"ד ועוד נראה לר"י כו' ולא מהני דברים שבלב כו' אלא היכא שבלא גילוי דעתו יש לנו לדעת דעתו עכ"ל. ולולא שאיני כדאי היה נראה לי לחלק בדרך אחר דאע"ג שדברים שבלב דברים היינו היכא דמעיקרא לא היה פיו ולבו שוין ואין דבריו שבלב עוקרין מה שדיבר בפה אלא שיש גילוי דעת שלכך נתכוון ועושה פירוש לדבריו משא"כ הכא דבשעת מסירת הגט לשליח לא היה בדעתו שום גילוי דעת לבטלו א"כ לא אתי דברים שבלב ומבטלים מה שדיבר בפה מלא ועשה המעשה, תדע דהא פליגי ר"י ור"ל דלר"ל לא אתי דיבור ומבטל דיבור וא"י לר"י נהי דדיבור מבטל דיבור מ"מ מחשבה אינו מבטל דיבור כדאשכחן שם בקידושין פרק האומר [נ"ט ע"א] דמיייתי עלה מההיא דאמרינן לענין טומאה לא אתי מחשבה ומבטל מעשה והיינו דיבור לגבי מעשה וא"כ ה"ה למחשבה גרידא לגבי דיבור, כן נראה לי נכון לעשות סניף לדברי התוספות ודו"ק."

רבי אליבא דרב נחמן [וכן אליבא דרב ששת אם בטלו לפני שני אנשים] שאם ביטל שלא לפני בית דין אלא לפני אחד, הביטול אינו ביטול מפני שחכמים עקרו אותו. וכן למד רבי עקיבא איגר מסכת גיטין דף לב ע"א:

בא"ד ואין להקשות דמי איכא מידי כו'. ביאור דבריהם דאף דפרכי לקמן מי איכא מידי כו' ומשנינן כל דמקדש אדעתא כו' מ"מ הו"ל למפרך גם הכא אהך דינא, ולזה תירצו דהיכא דיש סברא חשובה יש כח ביד חכמים לעקור ול"צ לסברת דכל דמקדש אדעתא וכו' והביאו ראיה דכמו בביטול שלא בב"ד דמודה ר' דביטלו אינו מבוטל ואפ"ה לא פריך הש"ס עלה ומי איכא מידי כמו דפריך לרשב"ג אע"כ דבביטול שלא בב"ד דעליה התקנה טובה יש כח ביד חכמים לעקור. (עי' תורעק"א במשניות).<sup>2</sup>

בעניין עקירת דבר מן התורה בקום ועשה, ראה עוד תוספות ישנים מסכת יבמות דף פט ע"ב שלמד כעין זה בעניין ירושת כהן של אשתו ואם הוא מטמא לה:

כיון דלא ירתי לה איהי קריא ולא עני לה. פי' לעיל גבי יש חופה לפסולות. וא"ת משמע הכא דמטמא לה אף כי יש אחרים שיכולים לעסוק בה. ותימה דאמר"י בנוזיר במת מצוה אם יש ישראל וכהן יטמא ישראל ואל יטמא כהן. וה"נ יתעסקו בה קרוביה ולא בעלה שהוא כהן ונראה דהכא קאמר דמטמא לה משום דחכמים שווה כמת מצוה שאין לו קוברין אלא (ב) הוא דב"ד יכולין לעקור דבר מן התורה כי הכא שיש טעם גדול בדבר דלא ירית לה אב ומפסיד דינו ואין זה חשיב עקירה: תוספות ישנים - הערה ב הגהה ב: (ב) אולי צ"ל אלא הוצרך לטעם זה דאל"ה אין יכולין ב"ד לעקור דבר מה"ת רק הכא שיש טעם גדול וכו'.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> וכן למד פשט כזה בתוסי' התפארת יעקב: "בא"ד ואין להקשות וכו' ועדיפא מינה וכו'. ר"ל דעיקר הקושיא דכיון דמקשה לקמן לרשב"ג מי איכא מידי משמע דבלא"ה ניחא, והשתא הרי בלא"ה אנו צריכין לומר כל המקדש במשנה גופא ועל זה תרצו דכהן דהכא דיש לדמות לדברים שבלב ידעו דבהא יש כח לעקור דבר תורה משום כל המקדש רק ארשב"ג קשיא ל"ה להש"ס ולזה הביאו רא"י דביטול שלא בפני ב"ד לכ"ע לא מהני ומ"מ לא שאלו, ש"מ דבהא יש סברא נכונה לחוש לממזרות ידעו דיש כח בחכמים לעקור וה"ה בהא שיש סברא דדברים שבלב ודוק".

<sup>3</sup> ראה עוד שם תוספות במסכת יבמות (פט ע"ב): "כיון דלא ירתי לה קרי ולא ענו לה - משמע דכל היכא דירית לה מטמא לה דהוי מטמא למת מצוה ולפי זה אלמנה לכ"ג גרושה וחלוצה לכהן הדיוט לא ירית לה מדאמר (לקמן דף צ: ) ואין מטמא לאשתו פסולה

וכן למד דבר יעקב לר' יעקב שטיינהוז על אתר.<sup>4</sup> אולם הוא חידד את השאלה – איך חז"ל עקרו במקרה של רב, הרי אין כאן דברים הדומים לדברים שבלב – אדרבה, הבעל אמר בפירוש הוא מבטל את הגט. לזה הציע שני תירוצים. יישוב השני הוא דברי אבני מילואים, סימן קמא, ס"ק ח :

אלא דאכתי איכא למידק תינח היכא שביטלו בפני ב"ד דמדינא הוי ביטול וצריכין אנו לומר דאפקעינהו רבנן כו' וא"כ גמר ויהיב ואינו מבטל בלב שלם, אבל היכא דביטל שלא בפני ב"ד דכבר כתבנו בשם הר"ן דבזה מדינא לא הוי ביטול משום דכל שלא בפני השליח ושלא בב"ד הוי ביטול גרוע נגד דיבור קמא שהיה בפניו עיין לעיל סעיף ס' [סק"ו], וכן הוא שיטת התוס' ר"פ השולח [לב, א] דכל שביטל שלא בב"ד ושלא בפני השליח לא הוי עקירת דבר מן התורה דהוי דומה לדברים שבלב ויכולין לעקור דבר מן התורה, וא"כ בזה לא הפקיעו רבנן לקידושין למפרע מיניה אלא מכאן ולהבא...

---

דאי הוה ירית לה הוה מטמא לה כמו למת מצוה ומיהו על כרחך לאו הא בהא תליא דהא נשאת על פי ב"ד ואח"כ בא בעלה אמרי' דאין מטמא אף על גב דבעלה הראשון יורשה דלדידה לא קנסו ואף על גב דאין זכאי במציאתה ובמעשה ידיה היינו משום קנס דידה אבל ירושה אמאי ליפסיד בעל ועוד דא"כ כהן גדול ונזיר יטמאו לקרוביהם ולכל מורשיהם כשאין יורש אלא הם וכן לנשיהם ועוד למ"ד (כתובות דף פג.) ירושה דבעל דאורייתא אמאי איצטרך קרא שהבעל מטמא לאשתו פשיטא דמת מצוה היא ונראה לר"י דמשום דירית לה לא הויא מת מצוה אלא משום דיש כח ביד חכמים לעקור דבר שהוא מן התורה בדבר הדומה כדפירשתי לעיל דכיון דלא ירתי לה דומה למת מצוה ומיהו אינה מת מצוה גמור וכן נראה דאי משום דהויא מת מצוה גמור מטמא לה אם כן היאך יטמא לה במקום שיש ישראל דהא במת מצוה אם יש ישראל וכהן אמרינן בנזיר (דף מז.) יטמא ישראל ואל יטמא כהן ובנישואי קטנה דהוה דרבנן משמע דמטמא כשאר בעל שמיטמא לאשתו דאורייתא אם יש שם כמה ישראל ומדאמר לקמן (דף צ:) נמי ולא זה וזה מיפר נדריה משום דתתגנה ותתגנה אין להוכיח דאין מיפר לאשתו פסולה כגון אלמנה (תוספות מסכת יבמות דף צ עמוד א) לכהן גדול דהתם רבנן הוה דקנסוה דלא יפר אבל אלמנה לכהן גדול כי היכי דלא קנסוה בכתובתה דהא יש לה כתובה כדאמר לעיל (דף פה.) ה"נ לא קנסוה בהפרת נדריה."

<sup>4</sup> "בא"ד דכיון שקצת דומה לדברים שבלב לא חשיבא עקירת דבר מן התורה – א. בפשטות כוונתם כיון שדומה לדברים שבלב, אין נראה כעוקר דבר מה"ת, ולכן יכולים חכמים לתקן. והסברא כיון שדומה לדברים שבלב, אין תקנת חז"ל נראית עקירה, אלא כשאר דברים שבלב שאינם דברים ומש"ה יש לחכמים כח לתקן. והתוס' מביא ראיה ממי שביטל שלא בב"ד [בלוי ידיעת השליח], שגם לפי רבי אינו מבטל, ואע"פ שמה"ת אינו גט כיון שהבעל ביטל ואינו רוצה לגרש, מ"מ הוי גט מתקנת חכמים, ולפי רבי לא הוזכר שחכמים הפקיעו קדושין מיניה למפרע, [וחת"ס מוסיף דרבי פליג על רשב"ג משום שסובר שרבנן לא תיקנו להפקיע קדושין מיניה], וא"כ קשה איך מבטלים רבנן ביטול הגט? אלא ראיה שרבנן יכולים לתקן לעקור הקידושין מכאן ולהבא."

בסוף דבריו צריכים להסביר שלמעשה אין כאן הפקעת קידושין מכאן ולהבא, שהרי בפשטות פועלת הפקעת קידושין למפרע, אלא מדובר בעקירת הביטול שלו, ואין כאן ביטול הגט וממילא הגט חל מן התורה והיא מגורשת מכאן ולהבא. בכל מקרה, הסביר הדבר יעקב בדבריו: "תיקנו חכמים שהוי דבור גרוע [לעומת הדבור של מינוי השליחות שהיה בפני השליח] וכאילו לא ביטל בפה אלא בלב ולכן אינו עקירת דבר מה"ת כיון שדומה לדברים שבלב".

הסבר אחר יש בפירוש הראשון שלו:

... מבארים רע"א והחת"ס [ד"ה לא] שכוונת תוס' שהיכא דאיכא סברא חשובה והוי תקנה טובה בכה"ג יש לחכמים כח לתקן [וכמש"כ תוס' יבמות פח. ופט: וע"ז יג.], ואצלנו יש סברא חשובה כיון שמיחזי כדברים שבלב, ובטול שלא בב"ד איכא סברא חשובה משום שחיישינן טובא לחשש ממזרות [משא"כ בביטול בב"ד ליכא חשש כ"כ].

אידך שיהיה ברור מכל המפרשים שהפירוש בתוס' הנ"ל בדף לב ע"א הוא שאין כאן הפקעת קידושין למפרע אלא עקירת הביטול שלו וממילא חל הגט, וכן למד שו"ת דברי חיים, אבן העזר, חלק א, סימן פג:

ואשר נראה לפענ"ד כוונת דבריו כך הוא דהנה התוס' כתבו בריש השולח [ל"ב ע"א ד"ה מהו דתימא] דביטול שלא בפניו לא מהני שלא בפני בית דין ולא הוי כעוקר דבר מן התורה וכוונתן (דכדיבר) [דדיבור] שלא בפני השליח הוי דיבור גרוע והוי כעין דברים שבלב דבכהאי גוונא יכולין חכמים לעקור דבר מן התורה דעשהו כדברים שבלב ובספר אבני מלואים [סי' קמ"א ס"ק ו'] האריך בזה ועיין בירושלמי בריש השולח [ריש הל' ב']. היוצא לנו מזה דגם בלא תקנות רבן גמליאל אינו יכול לבטלו [שלא בפני בית דין] ועקרהו חז"ל אם הי' (המקום) [להם איזה מקום] לתלות [תקנתם ע"י תוס' יבמות דף פ"ח ע"א ד"ה מתוך ודף פ"ט ע"ב ד"ה כיון] כיון שעשהו כדברים שבלב כנ"ל:

וכן למד המהר"ם שיק על אתר, ועוד אחרונים בדברי התוספות.

לסיכום המחלוקת בדברי התוספות בדף לב ע"א: לפי התוס' בפירוש הראשון, מן התורה אין כאן דברים שבלב מן התורה, אבל יש כח לחכמים

לבטל דבר מן התורה בקום ועשה איפה שיש סברה טובה לזה כגון כאן שזה דומה לדברים שבלב, ומכיוון שאין כאן ביטול הגט מפני שחכמים עקרו אותו, הרי הגט חל מן התורה. לפי שיטת הר"י בתירוץ שלו, משמע שאין כח לחכמים לעקור דבר מן התורה בקום ועשה, אבל כאן במקרה שלנו יש דברים שבלב מדאורייתא וממילא אין כאן ביטול והגט הוא גט. אולם לעניין שיטת הר"י בעניין עקירת דבר מן התורה בקום ועשה, ראה הנספח בסוף דברינו.

## ב

בהמשך הסוגיה שם במסכת גיטין, לב ע"ב כתוב:

בראשונה היה עושה. איתמר: בפני כמה הוא מבטלו? רב נחמן אמר: בפני ב', רב ששת אמר: בפני ג'. רב ששת אמר: בפני ג', ב"ד קתני; ורב נחמן אמר: בפני ב', לבי תרי נמי ב"ד קרי להו.

רש"י פירש שם: "בפני כמה הוא מבטלו - קודם תקנת רבן גמליאל." וכן ברש"י להלן בדף לג ע"א: "בפני שנים - היה מבטלו קודם תקנה." הרי רש"י פעמיים למד שמדובר מלפני התקנה, ולא אחרי וכבר הקשה על זה בחידושי הרשב"א שם: "...ורש"י ז"ל פי בפני כמה מבטלו קודם תקנת ר"ג, ותמיה לי קודם תקנה מאי דהוה הוה, וי"ל דנפקא מינה לדין לרבי דאמר דאין כח ב"ד יפה ואם בטלו מבוטל כקודם תקנה."

אכן קשה למה רש"י פירש שמדובר לפני התקנה? ראיתי בחידושי ר' נחום למסכת גיטין על אתר, אות כז:

וע"ד הפשט נראה דרש"י אינו חולק ע"ד התוס' בזה וגם איהו מודה דלרבי ל"מ ביטול שלא בפני ב"ד, אלא דלשון הגמ' "בפני כמה הוא מבטלו" הוה משמע ליה דאיירי לענין לכתחילה, ולהכי פרש"י דהגמ' איירי קודם תקנת ר"ג. ועי' ברשב"א שכתב לאידך גיסא דגם התוס' לא פליגי על רש"י דנפק"מ קודם התקנה, אלא דלשון הגמ' הוה משמע להו דאיכא נפק"מ גם בזה"ז.

מפשטות לשון הסוגיה משמע שמדובר בדין לכחתיילה – בפני כמה הוא מבטלו? וזה רק לפני תקנת ר"ג ולא אחרי, ולכן רש"י למד שמדובר לפני התקנה.

בכל מקרה, הנפקותא לפי הרשב"א הוא בזמן הזה אליבא דרבי שביטל את הגט ואז לפי דבריו הגט בטל (דף לג ע"א), וכן למד המיוחס לריטב"א [= ר' ]

קרשקש]: "אתמר בפני כמה מבטלו. ואי קשיא לך ומאי נפקא לך מינה מאי דהוה הוה, י"ל דנפקא מינה לרבי דאמר דאם בטלו מבוטל." וכן למד המיוחס לריטב"א כ"י, וכן עוד ראשונים.

ויש לדון באיזה בית דין – של ג' או של ב'.

והנה בתוס' דף לב ע"ב, ד"ה ורב נחמן, למדו אחרת:

...ואם תאמר ומאי נפקא מינה השתא בפלוגתא דרב נחמן ורב ששת בפני כמה מבטלו הא תיקון רבן גמליאל שלא יהו עושין כן ואומר ר"י דנ"מ לרבי דאמר לקמן אם ביטלו מבוטל ופסק לקמן רב נחמן כוותיה ומודה רבי דאם ביטלו בפני ב' לרב ששת או בפני אחד אפי' לרב נחמן דאינו מבוטל דאפילו קודם תקנת רבן גמליאל לא היה מבוטל דדוקא בפני ג' לרב ששת מבוטל דליכא למיחש לממזרות אבל בפני שנים דאיכא למיחש לממזרות לא ולרב נחמן אף על גב דבפני שנים איכא למיחש לממזרות כדאמרינן בסמוך ואפ"ה הוי מבוטל מ"מ בפחות משנים דאיכא למיחש טפי אינו מבוטל ובהא אפילו רבי מודה דאמרינן מה כח ב"ד יפה.

והסביר מהרש"א:

בד"ה ורב נחמן כו' מ"מ פחות משנים דאיכא למיחש כו' ובהא אפילו רבי מודה דאמרינן מה כח ב"ד יפה עכ"ל יש לדקדק מה שיידך בזה מה כח ב"ד יפה דהא קודם תקנת ר"ג נמי לרב ששת בפני שנים ולרב נחמן בפני א' לא היה מבוטל כמ"ש לעיל בסמוך ויש ליישב לרב ששת דבפני שנים קודם תקנת ר"ג נמי לאו מדינא אינו מבוטל בפני שנים אלא משום תקנת ממזרות אבל בפני ג' לא חשו לתקנות עגונות כלל ואתא תקנת ר"ג משום תקנת עגונות דאפילו בפני שלשה לא יבטל לכתחלה לרבי ולרב נחמן נמי איכא לפרושי דקודם תקנת ר"ג בפני אחד נמי לא היה מבוטל לאו מדינא אלא משום תקנת ממזרים אבל בפני שנים לא חשו כל כך לתקנת ממזרים אפילו לכתחלה ואתא תקנת ר"ג דאפילו בפני שנים איכא למיחש לממזרים דתרי נמי לית להו קלא כ"כ ולא יבטל לכתחלה והשתא ניחא שכתבו התוספות דאפילו רבי מודה דאמרינן מה כח בית דין יפה דהיינו הך תקנה דקודם תקנת ר"ג לרב ששת בפני שנים ולרב נחמן בפני אחד דאינו מבוטל משום מה כח בית דין יפה.

הרי הנפקותא אם בית דין של שנים או שלושה הוא אם ביטל לפני אחד לפי רב נחמן או לפני שנים לפי רב ששת, ובמקרים אלו מודה רבי שמפיקעים הקדושין ממנו, מפני מן התורה הביטול הוא ביטול, ואין כאן גט, אלא מפני תקנת ממזרים בטלו את ביטולו, והפקיעו את הקדושין ממנו. דברי תוס' אלו סותרים את דברי התוס' בעמ' א, וכבר עמד על זה המהרש"א, וכן הקשה שדבריהם סותרים את התוס' להלן בדף לג ע"א (ראה חלק ג/ד, דברי התוס' להלן):

מיהו לקמן בתוספות משמע דלפני אחד אם אינו שליח מדינא אינו מבוטל משום דאין דבר שבערוה בפחות משנים וצריך עיון בדבריהם דלעיל שכתבו ועדיפא מינה אמרינן בביטול שלא בב"ד דמשמע פשט ההלכה דלא הוי ביטול כו' עכ"ל דמשמע מדבריהם אלו (דלא) מדינא לא הוי ביטול אפילו בפני אחד וצ"ע:

ונראה לי ליישב את דברי תוס' אלו בדף לב ע"ב עם דבריהם בעמוד ב' כד: תוס' כאן בע"ב הוא שיטת הר"י ונראה שהוא מפרש לפי שיטתו בסוף התוס' לעיל בע"א שלמד שיש כאן דברים שבלב, ואין כאן ביטול מדאורייתא, לכן הוא מזדקק לאפקעינן הקדושין מיניה איפה שהוא ביטל במפורש כגון במקרה של לפני אחד לפי רב נחמן שמתקנים שאין כאן ביטול ולכן צריכים להפעיל את הדין של הפקעת קידושין [וכן לפני שניים לפי רב ששת]. אולם לפי התירוץ הראשון של תוס' בדף לב ע"א שאכן הוא ביטל את הגט אלא שיש כאן עקירת הדין של ביטול ונמצא שהוא כמו דברים שבלב ואין כאן ביטול, הוא הדין בביטול לפני אחד, שעקרו ממנו את הביטול, וממילא הגט חל, וכמו שפירשנו לעיל.

והנפקותא בין שתי השיטות פשוטה. לפי השיטה הראשונה של תוס' בדף לב ע"א, אין כאן ביטול, וממילא הגט חל, והיא לא אשת איש מכאן ולהבא. אמנם לפי שיטת הר"י שיש כאן דין של הפקעת קידושין, הקידושין מופקעים למפרע. וכן הבין ר' מאיר שמחה בשו"ת אור שמח חלק ב סימן כט:

...ובלא דברים אלה היכי דהחשש דממזרות גדול ושכיח כמו גלוי דעת חששו רבנן והפקיעו הקדושין וכמו שכתבו בתוס' בביטל שלא בב"ד בלא ידיעת השליח, או כמו שכתבו בתוס' דכיון שקצת דומה לדברים שבלב לא חשיבא עקירת דבר מן התורה...

ג

נעיר, וכבר הערנו מדברי המהרש"א שהקשה על דברי התוס' בדף לב ע"ב, שיש עוד שיטה בביטול לפני אחד לפי רב נחמן, ושהביטול אינו חל, וזה מפני שביטול הגט הוא דבר שבערוה, ואין דבר שבערוה פחות משנים, וכן הוא בתוספות בדף לג עמוד א, ד"ה רבי.

רבי סבר עדות שבטלה מקצתה לא בטלה כולה - וא"ת מנא ליה להש"ס דסבר לא בטלה כולה ויכול לבטל היינו אפי' לכתחילה דלמא סבר בטלה כולה ואפילו הכי יכול לבטל בדיעבד דהא לעיל אית ליה בטלו מבוטל דמלשון יכול לא מצי למידק שיהא מותר לבטל לכתחילה כדמוכח בפרק הזהב (ב"מ דף מט). דאמר האומר לחבירו מתנה אני נותן לך יכול לחזור בו ופריך יכול פשיטא אלא אימא מותר לחזור בו וי"ל דמשמע ליה מילתא דרבי דיכול לבטל אפי' בפני אחד אף על גב דאין דבר שבערוה פחות משנים כיון שלשליח עצמו אומר שהוא מבטלו הוא מבטל א"נ אפי' לא מהני בלא שנים מ"מ יכול לבטל בפני ב' זה שלא בפני זה ואי בטלה כולה אפילו רבי מודה דאינו מבטל אפילו בדיעבד כדפרישי' לעיל דדוקא בפני ג' לרב ששת או בפני שנים ביחד לרב נחמן הוא דמבוטל...

וכן הוא מפורש בחידושי הרמב"ן מסכת גיטין דף לב עמוד ב:

הא דתנן בראשונה היה עושה ב"ד ממקום אחר ומבטלו ופליגי רב נחמן ור"ש אי בשנים אי בשלשה, תמהני בה אפילו ביטלו בינו לבין עצמו למה לא יבטל דאי ידעינן ביה ליהוי ביטול, וי"ל שהדין נותן ששליחות השליח כיון שבפניו הוה אין מבטלים אותו שלא בפניו, דלא אתי דבור שלא בפניו שהוא גרוע ומבטל דבור שבפניו, כענין שאמרו כל מילתא דמתעבדא באפי בי עשרה צריכי בי עשרה למשלפה, ואף על גב דלא קיי"ל הכי, הכא כו"ע מודו דצריכי שנים או שלשה למשלפה, והיינו נמי דאמרינן לקמן אותיבו קרי באונייכו וכו' דאע"ג דודאי קא מבטל ליה כיון דלא שמעי לא הוי ביטול, ואפשר דמ"ד בפני שנים דינא קאמר דלא הוי ביטול כדפרישית דהויא לה דבר שבערוה ואינה בפחות משנים, אבל מ"ד בפני שלשה לומר דמעיקרא היו נוהגין בשלשה דחוששין לתקנת ממזרים ובא ר"ג וחשש נמי לתקנות עגונות...

אמנם לפני אחד לא צריכים להזדקק לדין של הפקעת קידושין, אבל לפני שניים לפי רב ששת משמע שכן צריכים להזדקק לדין הפקעת קידושין, וכן כתב הר"ן בחידושיו למסכת גיטין (לב ע"ב):

...וא"ת בשלמא רב נחמן דאמר בפני שנים היינו טעמיה משום דאין דבר שבערוה פחות משנים והיינו דאמרין לקמן אותיבו קירי באודנייכו דאע"ג דידעי דאיהו מבטלו כיון דליכא עדים לא חשיב בטול אבל לרב ששת למה לי שלשה י"ל דאיהו סבר דמעיקרא תקינו שלשה מפני תקנת ממזרים ולבסוף בטלוה לגמרי מפני תקנת עגונות.

על פי מה שפירשנו לעיל בעניין המחלוקת בין תוס' בדף לב ע"א לעומת דף לב ע"ב, צ"ל ששיטת תוס' בדף לג, הוא שיטה שלישית, ואליבא דרב ששת אם ביטל לפני שניים שיטה זו מודה לר"י שמזדקקים להפקעת קידושין, אבל לפני אחד, אין צורך בהפקעת קידושין, ואין כאן ביטול מפני שאין דבר שבערוה פחות משנים, וממילא הביטול אינו ביטול והגט הוא גט, וכך למדו הרמב"ן ור"ן. נמצא שמה אמרנו לעיל בתור נפקותא בין שני התוס' בדף לב, שייך כאן: לפני אחד, הגט חל, והקידושין מופקעים מכאן ולהבא כמו בכל גט. לפני שניים, צריכים הדין של הפקעת קדושין, וממילא האישות מופקע למפריע.

#### ד

אולם הדין שהאישות מופקע למפריע בהפקעת קידושין בסוגיות אלו אינו לגמרי ברור. הראשון שכנראה שלמד שאין הפקעת קדושין למפרע הוא הרשב"ם. הנה תוספות מסכת גיטין דף לג ע"א ד"ה ואפקעיהו רבנן לקידושין מיניה כתבו:

הקשה ה"ר שמואל אם כן יחפה על בת אחותו וכשיבואו עדים שזינתה ישלח לה גט ויבטל שלא בפני שליח ופקעי קידושין ונמצא שהיא פנויה... ועוד הקשה רבי' שמואל דהיכי מחייבינן לעולם מיתה אשת איש שזינתה והא התראת ספק היא דשמא ישלח לה גט ויבטלנו ועוד יכולין ממזרים ליטהר?

ואומר ר"ת דכי האי גוונא לא הוי התראת ספק דאזלינן בתר רובא...

אולם התוס' שלנו קצרו את דברי הרשב"ם, וכך זה מופיע בתוספות הרא"ש על אתר:

...ועוד הקשה רשב"ם והיאך אשת איש נהרגת ע"י זנות דהא הויא התראת ספק שמא ישלח לה גט ויבטלנו, ועוד יכולים ממזרים ליטתה, ומתוך כך היה מפרש רשב"ם דה"ק ואפקעינהו רבנן לקידושי מיניה כלומר חכמים היו מפקיעין הקידושין אם היה מבטלו הלכך אנו סהדי שאין בלבו לבטלו שלא יהיו בעילותיו בעילות זנות, וקשה לר"ת תינח נשואה ארוסה מאי איכא למימר, אלא ודאי כה"ג לאו התראת ספק היא דאזלין בתר רובא ורוב אין מגרשין נשותיהם וגם המגרשים אינם מבטלים הגט...

כעין זה נמצא בתוס' הרא"ש בכתובות, אולם כל הקטע האמצעי מושמט מן התוס' שלנו במסכת גיטין. מקור התוס' הרא"ש בכתובות (ותוס' שלנו) הוא בתוס' שאנץ, וכך נמצא בתוס' שאנץ למסכת כתובות דף ג ע"א ד"ה ואפקעינהו רבנן:

...ועו' הק' ר"ש לא נמצאת אשה מזנה נהרגת לעולם דהוי התראת ספק דשמא נתן לה גט כה"ג, ועו' יכולין ממרין ליטתה. ומפ' ר"ש דה"ק ואפקעינהו רבנן לקידושי מיניה אם היה רצונו שמחמת האונס יבטל הגט הלכך אין רצונו שמחמת האונס יבטל הגט, בבטולו אין רצונו שיהא מבוטל אם היו הקדושי מופקעי, שא"כ היו כל בעילותיו בעילת זנות ואנו בהדי שאינו רוצה שיהא גט בטל כדי שיהו הקדושין קימין, ומק' ר"ת לפי בארוס' מא"ל והא הוי התראת ספק שאינו חושש אם יפקעו הקדושי שלא בא עליה...

אולם נראה שאפשר למצוא את המקור של התוס' שאנץ והוא בדברי השיטה מקובצת למסכת כתובות (ג ע"א) במה שהביא מדברי רש"י כתי"י:

וברש"י ז"ל כתיבת יד מצאתי גליון וז"ל אין כל המקדש וכו' תלמודא קא משני דודאי משום צנועות ומשום פרוצות התירו אשת איש לעלמא על ידי שגרמו לגט זה לעשותו גט כשר מן התורה כיצד דכל המקדש אדעתא דרבנן מקדש שיתקיימו קדושי לפי דעת חכמים ודעת חכמים היא להיותן קדושין ע"מ שכשיתן גט לאשתו סתם שלא יטעון בפי טענת אונס שלא יהא גט. ואם לא יחפוץ האיש לעשותו גט אפקעינהו לקידושיה מיניה שהרי לא נתקיים התנאי הילכך הוי גט מן התורה דאנו סהדי שכל מקדש אשה חפץ הוא שיהו קדושין ולא יעקרו ויתקיימו התנאים שהקדושין תלויין בהם כדי שלא תהא ביאתו ביאת זנות ודמי כמי שפירש בשעת קדושין שיהא

הגט גט ואף על פי שיש בו אונס כדי שלא יעקרו קדושין ותהא ביאתו למפרע ביאת זנות וילמוד סתום מן המפורש נתינת הגט שבסתם שלא פירש אונס משעת נתינת הקדושין שהיו על תנאי דדמי כמו שפירש בשעת נתינת הגט שאפילו יאנס ולא יוכל לבא יהא גט אבל אם פירש ונתן גט ע"מ שאם יבא לו אונס לא יהא גט התם אף על גב דאיכא למיחש נמי משום צנועות ומשום פרוצות לא יכלו חכמים לעשותו גט מן התורה על ידי שיפקיעו הקדושין דאנן סהדי דלא גירש זה את אשתו הואיל ונאנס ואם יפקיעו את קדושיו בשביל שלא גירש בתמיה אם כן כל מי שיגרש את אשתו יהו קדושין בטלן ואין לך עוד קדושין בעולם. ופי' שבקונטרס אינו שאם כן אין לך חנק בבא על א"א דהתראת ספק היא שמא יתן לה גט כזה ותהיה פנויה למפרע וגם ממזר הנולד מא"א יכולין אנו להכשירו על ידי קדושין כאלו מה שלא היה ולא נברא. כך נראה בעיני ועיקר הוא. ע"כ. וכבר ברירנא שפיר שיטת רש"י ז"ל מאיר עיני הגולה והיא המעולה שבפירושים.

נראה שאפשר לזהות את הגליון הזה שהוא מדברי הרשב"ם:

גליון כ"י רש"י	תוס' ר"ש
<p>[סוף הקטע] ופי' שבקונטרס אינו שאם כן אין לך חנק בבא על א"א דהתראת ספק היא שמא יתן לה גט כזה ותהיה פנויה למפרע וגם ממזר הנולד מא"א יכולין אנו להכשירו על ידי קדושין כאלו מה שלא היה ולא נברא.</p>	<p>ועו' הק' ר"ש לא נמצאת אשה מזנה נהרגת לעולם דהוי התראת ספק דשמא נתן לה גט כה"ג, ועו' יכולין ממרין ליטרה.</p>
<p>[תחילת הקטע] דכל המקדש אדעתא דרבנן מקדש שיתקיימו קדושיו לפי דעת חכמים ודעת חכמים היא להיותן קדושין ע"מ שכשיתן גט לאשתו סתם שלא יטעון בפ' טענת אונס שלא יהא גט. ואם לא יחפוץ האיש לעשותו גט אפקעינהו לקידושיה מיניה שהרי לא נתקיים התנאי הילכך הוי גט מן התורה דאנן סהדי שכל מקדש אשה חפץ הוא שיהו קדושין ולא יעקרו ויתקיימו</p>	<p>ומפ' ר"ש דה"ק ואפקעינהו רבנן לקדושי' מיניה אם היה רצונו שמחמת האונס יבטל הגט הלכך אין רצונו שמחמת האונס יבטל הגט, בבטולו אין רצונו שיהא מבוטל אם היו הקדושי' מופקעין, שא"כ היו כל בעילותיו בעילת זנות ואנן סהדי שאינו רוצה שיהא גט בטל כדי שיהו הקדושין קיימים</p>

התנאים שהקדושין תלויין בהם כדי שלא תהא ביאתו ביאת זנות... <sup>5</sup>	
--	--

לכאורה דברי הרשב"ם סותרים את דבריו במסכת בבא בתרא (מח ע"ב):

מר בר רב אשי אמר - במכר מודינא דהוּו זביני אבל גבי אשה תקון רבנן דלא ליהוּו קדושין דהוא עשה שלא כהוגן שהכריחה לפיכך נעשה עמו שלא כהוגן שלא כדין דאע"ג דמן התורה ליהוּו קידושין רבנן עקרינהו והפקירו אותן ועשו מעות מתנה ובמקום אחר מפרש דכל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש כדת משה וישראל ורבנן אמור לא ליהוּו קדושין נמצא שלא קדשה זה שהרי בדעת חכמים תלה והם אינם חפצים בקידושין הללו...אלא כיון דאדעתא דרבנן מקדש לא הוי קידושין דאמרי רבנן לא ליהוּו קידושין ומתוך כך נמצאת מעצמה בעילת זנות.

משמע שהרשב"ם פירש שם כמו רש"י. אולם שם בב"ב מדובר שהוא לא עשה שלא כהוגן ולכן חכמים עוקרים את הקידושין מיד ולא למפרע, וממילא אינו דומה סוגיה זו לסוגיות של גיטין דף לג או כתובות דף ג.

הרמב"ן בחידושו למסכת כתובות (שם) תירץ את שיטת הרשב"ם מקושיתו של ר"ת:

הקשה ה"ר שמואל רומרוגי ז"ל אי עקרוה רבנן לקידושין מיניה לגמרי הוּוּא לה פנויה למפרע א"כ אשת איש שזנתה היכי מיקטלה הא התראת ספק היא דדילמא עקר איהו לקידושיה, וכן הא דתנן בראשונה היה עושה ב"ד במקום אחר ומבטלו וכו' עד בטלו מבוטל דברי רבי רשב"ג אומר אינו מבוטל ומפרשי טעמא בפי השולח משום דכל המקדש אדעתא דרבנן מקדש וכו' כי הכא וא"כ דילמא עביד אינש הכי ואשתכח דקידושיה לאו קידושין נינהו והוּוּא לה פנויה למפרע, ועוד הקשה א"כ יכולין ממזרים דאשת איש ליטהר, ועוד דזימנין דבת אחותו היא ומחפה עליה כדאמרינן לענין זמן מפני מה תיקנו זמן בגיטין משום בת אחותו במס' גיטין (י"ז א'),...

<sup>5</sup> עיין בשיטה מקובצת לר' בצלאל אשכנזי, מהד' רי"י רוזנברג, פרק א, ירושלים, הוצאת מוסד הרב קוק, תשנ"ט, עמ' קיט-קכ, הע' 131, כבר עמד ששיטת הגליון היא כדברי הרמב"ן רא"ה ורשב"א בשם הרשב"ם, וראה שם, עמ' קה-קו, הע' 29. טענתי היא שאלו דברי הרשב"ם בעצמם!

אלא הא קשיא א"כ יכולין ממזרים לטהר וזימנין דבת אחותו היא ומחפה עליה, ושמעתי מתרצים דהכי קאמרינן א"כ שויוה רבנן לבעילתו בעילת זנות ואין אדם עושה בעילתו בעילת זנות הילכך גמר ויהיב גיטא מעכשיו כדי שלא יפקיעו רבנן קדושי שלא תהא בעילתו בעילת זנות, ולא למימרא דעקרוה, וכן נמי בקידושי כספא עקרי רבנן לקידושי מיניה ותהי' בעילתו בעילת זנות ומשו"ה גמר ומבטל תנאיה ואונסיה, וא"ת ארוסה מאי איכא למימר, כיון דאי בעיל אחר כך תהי' בעילתו בעילת זנות גמר ויהיב גיטא לגמרי דהא לא הדרא ליה...

נוסיף שכתגובה לשיטת ר"ת שאם כוונתו לטהר ממזרים זה לא יועיל וכלשונו של תוס' הרא"ש בכתובות שם :

ומה שהקשה יחפה על בת אחותו ויכולין ממזרין לטהר אומר ר"ת דהיכא דחזינן דלדעת כן עשה לא פקעי קידושין מינה דלא אפקעי רבנן לקידושין אלא לתקנה ולא לתקלה להרבות ממזרים בישראל ושיהו בנות ישראל פרוצות בעריות.

הרא"ה בחידושי לכתובות (שם) כתב: "ורבינו אומר דהא לא איכפת לן אם יכולים ממזרים לטהר, והלואי שיטהרו."<sup>6</sup> וכן כתוב בחידושי הריטב"א למסכת כתובות (שם) :

ויש מקשים א"כ נמצא יכול לחפות על בת אחותו שזינתה שיתן לה גט בענין שיהא שם שום אונס ולפקעו קדושין למפרע ויכולים ממזרים לטהר, ותירץ הרמב"ן ז"ל דלא קשיא שאם יחפה על בת אחותו ויצילנה כדין תבא עליו ברכה, וממזרים נמי הלואי שיטהרו...

בכל מקרה, לפי הרשב"ם, אין כאן עקירה למפרע, אלא הגט הוא גט וכורת מכאן ולהבא.

---

<sup>6</sup> ראה שו"ת מנחת שלמה, ח"א, סימן עו, שהקשה עליו: "וכן צ"ע במה שכתב שם הרא"ה "ורבי מורי אמר דהא לא איכפת לן אם יכולים ממזרים להטהר ולואי שיטהרו" דמ"מ קשה דאמאי תיקנו זמן בגיטין אם בלא"ה אפשר לחפות ולטהר ממזרים, ואף שגדולי האחרונים הקשו כן גם על התוס' מ"מ עיין ברעק"א שכתב דאולי לא ירצה לעשות למפרע כל בעילותיו לזנות, אולם על הרא"ה שכתב ולואי שיטהרו צ"ע."

## ה

יש עוד שיטות בראשונים שאין כאן עקירה לכתחילה, וכן למד תלמידו של ר"ת, הר"י הלבן:

דף ג' ע"א כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש וכי לא נהירי פירי הקונטי דפירי הכא קידושי נעקרי לפרע [צ"ל למפרע] משעת [קידושין] על ידי מאורע אונסין שנארעו בגט זה, דאם כן כל אדם שזינתה אשתו בברור ונאסרה לבועל ולבעל או התרו לבועל ונתחייב מיתה או הוליד ממנה הבועל ממזירין ישלח גט לאשתו על ידי שליח ויבטלנו [ו]אינו מבוטל כרבן שמעון בן גמליאל, ויפקעינהו רבנן לקידושי למפרע ונמצא למפרע עם הפנויה זינה ויציל על כל אילו, אי נמי יתן גט לאשתו באונסי דשכיחי שעת(א)[ה] לא מפלגינן בינייהו ובין אונסיו דלא שכיחי ויפקעו קידושין למפרע, ואי נמי שכיב מרע שנארעו באשתו דברים הללו יתן לה גט ויחזור בו כשיעמוד ואינה חזרה גזירה שמא יאמרו יש (לה) [צ"ל גט] לאחר מיתה לר' חסדא ולרבה בר רב הונא בפר' מי שאחזו, ואפקעינהו רבנן לקידושייהו מימיהן אלא ליתה, דאין הפקעת קידושין למפרע אלא בעושה שלא כהוגן כי ההוא דתלא וקדיש בחזקת הבתים, ואותבוה אבי כורייה [צ"ל כורסייה] וחטפה, פרי בית שמאי ביבמות דתחילה תחילה לא חלו קידושין, אלא בכי האי גוונא בגירושי הגט אינה מגורשת אלא מנתינת הגט ואילך וליבא תקנתא לכל הני דאמרן. והכי פיי הכא דצנועות ופרוצות וגבי ניטלו מבוטל ושכיב מרע דמי שארזו וכיוצא בה. כל המקדש אדעתא דרבנן מקדש פיי אדעתא דרבנן מקיים קידושיו ומפקעינן בגט, אם נראה להם להפקיע קידושיו אפיי בלא גט כגון בעושה שלא כהוגן, הרי תחילה מיד לא חלו קידושין הואיל ואמ' בשעת קידושיו כדת משה וישר', וכי ה[י]כי דבשעת קידושין על דעת רבנן מקדש הכי נמי בשעת גירושיה נמי מגרש אדעתא דרבנן הואיל ותקינן רבנן לכל המגרש דאין אונס בגיטין וגם ביטלו אינו מבוטל, וגם לשכיב מרע שלא לחזור, הרי כל המגרשין כאילו מפרשי בשעת נתינת הגט בפירוש שאפיי אירע אונס או יבטל שליחות השליח או שכיב מרע יחזור, לא יהיה אונס מבטל הגט ולא ביטלו אותו, ולא חזרת שכיב מרע תועיל לשכיב מרע, והוי גט מדאורייתא הואיל ובשעת [הנתינה] נחשוב כאילו כך אמ' בפיי ושוב גט ההוא לא יבטל מחמת כל אלה, והשתא אתי שפיר, מדאורייתא לא בטיל [מ]שום

כל הני, ורבנן בתקנתם העמידו כשרותן מן התורה. זה ישר ועיקר... אלא בעבור תקנתא שתשו טענת אונס וביטול השליחות וחזרת שכיב מרע בגט ובעבור שנארעו אף אלה מקראות [זצ"ל מקריות] שאמרנו ויהיה גם להם בכך תעקר תקנתא דרבנן וליתה כלל. והכי הוא עיקר כדפרישית. ועל ידי שמזכיר כאן עם עקירת קידושין למפרע וכן גם ביטלו אינו מבוטל וגבי חזרת שכיב מרע כמו כן כדפרישית רכל עינייני הבקעות קידושין למפרע רבנן מצו מפקעי גם כלא גט ובגט אדעתיה כולי עלמא מקדשי ומגרשי עתה מייתי בכל מקום והא דאמי רנינא לר' אשי ומקשי לו על הפקעות קידושין למפרע בלא גט התיגח דקדיש בכספא כו' אבל לא הפקעות קידושין בגט זה עיקר.

הרי כמו שבקידושין הוא מקדש אדעתיה דרבנן, כך בגט הוא מגרש אדעתיה דרבנן ובכתובות ובגיטין הם רוצים שהגט יחול, ולכן ממילא דעתו שהגט יחול.

שיטה יותר רדיקלית נמצא בשיטה מקובצת למסכת כתובות (ג ע"א) בשם אחד מגדולי החכמים:

וראיתי לאחד מגדולי החכמים שלפנינו שכתוב בתשובותיו...

עוד כתב ז"ל אבל קשה דאמאי לא נימא דלמ"ד בהאשה רבה חכמים עוקרים מכאן ולהבא כמו שהגט כשר הוא עוקר מכאן ולהבא...

לפני זה, הביא שיטה שתירץ למה אין כאן התראת ספק:

ואית דמתרצי דכי אמרינן אפקעינהו רבנן לקידושין מיניה לאו משעת קדושין אלא השתא משעת מעשה וכל זמן שלא נעשה המעשה שלא קבלה גט באונס כה"ג חייבת בחנק וההיא דיבמות לא קשיא דלעולם אפקעינהו רבנן התם בלא גט קאמר משום דהוא עשה שלא כהוגן בקידושין וכיון שהקדושין שלא ברצון חכמים אפקעינהו ועקרינהו לגמרי אבל על קדושין גמורין אם היה בהן משום נולד אין הקדושין בטלין כי אם מכאן ואילך ובגט דאם לא כן אין לך אדם שחייב משום אשת איש. ע"כ.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> ראה בשיטה, מהד' מוסד הרב קוק, עמ' קד, ההע' 21 שדן על שיטה זו.

מכל זה רואים שאין עקירה למפריע. ויתכן ששיטות אלו סבורים כר"י הלבן הנ"ל. או אולי הם סבורים כתוסי' בדף לב ע"א שיש כוח לחכמים לעקור דבר מן התורה בקום ועשה, כגון הביטול, אפילו הדין של אונס רחמנא פטריה וממילא חל הגט.

## ו

יש עוד שיטה שלכאורה היא ייחידאית, והיא שיטת הראב"ן בפירושו לגיטין פרק רביעי שלא פוסקים בכלל כר' שמעון בן גמליאל אלא כרבי והמחלוקת ביניהם היא אם מפקיעים קידושין למפרע או לא:

ומדפסק ר"נ הכא היל[כתא] כרבי ובאיסורא לא אמרי' מה כח ב"ד יפה ואין כח בב"ד להפקיע קידושין, ש"מ מהכא דכל היכא דאמרי' בתלמודא כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש ואפקעינהו רבנן לקידושי דרשב"ג הוא ופליג רבי עליה והילכתא כרבי. ואף על גב דר' יאשיה עבד עובדא בביטלו דאינו מבוטל כרשב"ג, נ"ל כרב נחמן דהוא בתרא.

אמנם הפוסקים לא חששו לדבריו, אבל לכאורה הם סניף לדברי הרשב"ם וסיעתיה. ועיין בדברי הרב עובדיה יוסף, "כל המקדש אדעתא דרבנן מקדש ואפקעינהו רבנן לקידושין מניה", סיני מח, עמ' קפו ואילך, שדן בדברי הראב"ן האלו ואם הרמב"ם מסכים עמו או לא.

אולם, עיין בדברי המאירי למסכת יבמות דף צ ע"ב:

בעל ששלח גט לאשתו וקדם ובא אצלה או שלח לה שליח לבטלו הרי זה בטל ובראשונה היה עושה בית דין ומבטל בפניהם ולא היה מודיע לאשה והתקין רבן גמליאל שלא יהו עושין כן מפני תקון העולם דזימנין דלא ידעא ומינסבא ומכל מקום אף לאחר התקנה אם בטלו שלא בפניה מבוטל ולא הוקשה ממנה כאן אלא לדעת רשב"ג ואין הלכה כמותו וכבר ביארנו הענין יפה במקומו בשלישי של גיטין (ל"ג א).

וראה דברי הרב שלמה זלמן אוירבך זצ"ל בשו"ת מנחת שלמה חלק א סימן עו:

אך כל זה דוקא לרשב"ג משא"כ להלכה דקיי"ל כרבי דאם ביטלו בפני ב"ד מבוטל, יכולים שפיר לומר דבביטול שלא בפני ב"ד כיון

שיש טעם חשוב לעקור דבר מן התורה ולבטל הקדושין מכאן ולהבא הרי זה עדיף טפי מלומר אפקעינהו ולעקור אותם למפרע כיון דמבואר ברעק"א שסובר דהא עדיף טפי. [וגם רואין מהרעק"א בגליון המשניות פ"ד מגיטין אות ל"ה שסובר כן לדינא אליבא דרבי עיין שם]. גם ראיתי במאירי בדף ל"ג ע"א בד"ה כבר ביארנו דמפורש נשמע מדבריו שרק לרשב"ג יש הפקעת קידושין ולא לרבי, וכן כתב גם המאירי ביבמות דף צ' ע"ב אהא דפריך הגמרא דאיך יכולים חכמים לעקור דבר מן התורה ולומר דביטלו אינו מבוטל, וזה לשונו "ולא הוקשה ממנה כאן אלא לדעת רשב"ג ואין הלכה כמותו" (ראה להלן מ"ש מהמגיה במל"מ) הרי מבואר דלרבי ליכא כלל תקנה של הפקעת קדושין [אך גם מבואר שם שסובר דלרבי אין צריכים ביי"ד אלא עדים ואפי"ה קורא אותם התנא בלשון ביי"ד עיין שם], ועיין גם בפת"ש ס"י קמ"ד סק"א מ"ש בסוגריים שרק לרשב"ג אמרינן טעמא דאפקעינהו ולא לרבי עיין שם, ונמצא לפי"ז דקושית התוס' שיכול כל אדם לחפות על אשתו הוא רק לרשב"ג ולא להלכה דקיי"ל כרבי וכרב נחמן.

משמע שהמאירי למד כמו הראב"ן, וממילא להלכה לא אמרינן שמפקיעים את הקדושין למפרע.

## ז

עיין בשו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, אורח חיים, סימן לה, המסתמך על דברי התוס' בגיטין שיש הפקעת קידושין למפרע.

ואומר אני דאשה שזנתה ונאסרה על הבעל איסור זה יש לדמותו לאיסורי נזיר שישנו בשאלה, שהרי הטעם שנחשב קולא מה שישנו בשאלה הוא משום שבידו לעקור זה האיסור מעיקרו. וגם בבעל מצינו כזה והוא ע"פ מ"ש התוס' במס' גיטין דף ל"ג ע"א בד"ה ואפקעינהו רבנן וכו'. הקשה הר"ש א"כ יחפה על בת אחותו וכו' ואומר ר"י דאין לחוש אלא כשמחפה שלא כדין אבל הכא בדין יחפה וע"ש בסוף הדבור שגם הם דימו דבר זה לנזיר השותה יין שישאל על נזירותו. וא"כ הרי ביד הבעל לעקור הקדושין למפרע ותהא מותרת לו והוה דומיא דנזיר ולדעת התוס' באיסור כזה דחינן מפני כבוד הבריות אפילו בקום עשה, ואף דכל זה כתבו התוס' לרשב"ג דסובר ביטלו אינו מבוטל אבל אן דפסקינן כר"י דביטלו מבוטל א"כ לא

משכחת להבעל שיהיה בידו לגרום לעקור הקדושין למפרע דלהוי דומיא דנזיר. אמנם כבר כתבו שם התוס' בדף ל"ב ע"ב בד"ה ורב נחמן וכו' דאפילו לרבי אם ביטלו בפני שנים לרב ששת או בפני א' לרב נחמן אמרינן מה כח ב"ד יפה ואינו מבוטל וא"כ ג"כ צריכין לומר דאפקעינהו רבנן לקדושין והוי דומיא דנזיר ומה שכתבו התוס' בפני אחד לאו דוקא בפני אחד אלא גם בפני שנים זה שלא בפני זה כמבואר באה"ע סי' קמ"א סעיף סי' בהג"ה, ועיין בב"ש שם סי"ק צ"ג. אמנם כל זה לשיטת הר"י...<sup>8</sup>

יותר ברור הוא בשו"ת מהרש"ם, חלק א, סימן ט, ד"ה ועיין בתשו' המיוחסות להרמב"ן סי' קמ"ב, שהציע לסמוך על דברי התוס' בגיטין ולבטל גט כדי להפקיע את הקידושין למפרע במקרה של זנות.

ולא אכחד כי אם היה כת"ר מתייעץ עמי, טרם שעשו מעשה גירושין של בעל הראשון, הייתי ממציא עצה ותושיה להלכה ולא למעשה ע"פ דברי התוס' גיטין (ל"ג ע"א) ד"ה ואפקעינהו וכו'. שהקשה הר"ש: א"כ יחפה על בת אחותו, דכשיבואו עדים שזינתה ישלח לה גט ע"י שליח, ויבטלנו שלא בפני שליח, ופקעו קידושין? (וע"ש בתוס' ל"ב ע"ב ד"ה ור"נ וכו' דגם לרבי, מודה בבטלו בפני א', לר"נ אינו מבוטל לכ"ע). וחי' הר"י: דכיון דכדין מחפה אין לחוש. ושם בסוה"ד תי' עוד: דהיכא דידעי' דלכך מתכוון, לא מפקעינן קידושין, דלתקנה עשו חכמים ולא לתקלה, שמתוך כך יהיו בנות ישראל פרוצין בעריות ע"ש. וא"כ, לא מיבעיא לתי' הראשון, פשיטא שהי' מועיל בני"ד להכשיר הממזר למפרע, באופן זה, שישלח לה גט על ידי שליח ויבטלנו בפני ע"א. וגם לתי' ב', י"ל: דבכה"ג שעשתה בטעות על פי בני"ד, אין בזה חשש תקלה, ושפיר הפקיעו הקידושין למפרע. וע"ש ברשב"א ואס"ז כתובות ג', שתי' עוד, דע"י הפקעת קידושין גמר ויהיב גיטא. אבל יש מקום לסמוך ע"ד התוס' ושי"פ שלא תי' כן. ועוד ד"ל דבני"ד שיעשה כן בעצת בני"ד, גם הרשב"א מודה. ואף ד"ל, דכיון שיעשה כל בעילותיו ביאת זנות, אאל"כ = אין אומרים לאדם, חטא = כדי שיזכה חבירך, כיון דמחזקינן לה כמזידה בשביל שלא

<sup>8</sup> והנה במסכת גיטין, מהד' חברותא, ח"ב, הילקוט ביאורים עמ' רמז, לדברי תוס' ד"ה מהו, בדף לב ע"א, כתבו: "אמנם בנודע יהודה (קמא או"ח, סי' לה) כתב בפשיטות בדעת התוס' שאף לרבי בביטול שלא בב"ד צריך להגיע לאפקעינהו רבנן קידושין מיניה". ונראה שזה טעות בידם, שהרי הנודע ביהודה התייחס לתוס' בדף לב ע"ב ולא לתוס' ע"א.

דייקא, דמה"ט תצא מבעלה. אם כן בפשעה הרי קיי"ל דאאלי"ח, ועתוס' שבת דף ד', ועוד בכמ"ק, ובתשו' נוי"ב מ"ת א"ע סי' ל"ז, מ"ש בדעת רשב"א בזה. אך לפמ"ש הבי"ש סי' קנ"ז סוסק"ו, דבכה"ג ליכא משום ב"ז, ור"ל כיון שהוא בעל בהיתר, ולא היה לו לחוש שמא יזדמן אח"כ סיבה לבטל הקידושין, ע"ש ותבין. אם כן ה"נ בזה. וע"ש בב"ח בביאור היטב ד"ז. ובפרט בשו"ת מעיל צדקה סי' ב', וע"ע בשו"ת כתב סופר חא"ע סי' ע"ה. אולם בני"ד שכבר נעשו מעשה הגירושין אין חכמה ואין עצה ותושיה.

אמנם המהרש"ם כתב שזה להלכה ולא מעשה, אבל ברור שברגע שיש רעיון להתיר כך, אזי יבוא פוסק ויסתמך על זה. ואכן הרב עובדיה יוסף זצ"ל התשמש עם תשובת המהרש"ם לפסוק להלכה למעשה בתשובה שכתב מיום כז תמוז, תשל"ח (נדפס בקובץ בית יוסף, כה, עמ' ז-ט):

...בהמשך לשיחתי עם כת"ר, הנני שולח אליו את התיק של... כדי לסדר גט על ידי שליח, ויבטלנו בעד אחד, וזאת על פי הוראה גאון ישראל המהרש"ם בתשובה חלק א (סימן ט) בד"ה ועיין בתשובת המיורחטות להרמב"ן וכו', שהמציא עצה ותושיה להכשיר הבנים, לפי מה שכתבו התוספות גיטין לג. בד"ה ואפקעינהו, הקשה הר"ש א"כ יחפה על בה אחותו, וכשיבואו עדים שזינתה ישלח לה בעלה גט ויבטלנו שלא בפני השליח ופקעי קידושיו ונמצא שהיא פנויה וכו', ועוד יכולין ממזרים להטהר על ידי כך. ותירץ הר"י, שאין לחוש אלא כשמחפה עליה שלא כדין, אבל הכא כדין מחפה ומן התורה פטורה וכו', ע"ש (ואע"פ שלפ"ד ר"ת שם נראה דלא מהני, מכל מקום לדעת ר"י מיהא שפיר דמי, ואפשר שגם לר"ת אם בית דין עושה כן י"ל דמהני. וצ"ע). ואין לחוש שעושה כל בעילותיו בעילת זנות, כיוון שהוא בעל בהיתר ולא היה לו לחוש פן תזדמן סיבה לביטול הקידושין, במ"ש בית שמואל (סימן קנו סוף סק"ו) עכת"ד. (וע"ע בשו"ת מהרש"ם ח"ב סימן לג ובמפתחות). וטוב שבשעת כתיבת הגט לא ידע הבעל שיצטרך אח"כ לבטלו, ורק לאחר שימסרנו לשליח יאמרו לו לבטל שלא בפני השליח, כמ"ש בשו"ת עונג יום טוב (סימן קסט). ויותר נכון שיבטל הבעל את הגט בפני שני עדים זה שלא בפני זה, דהא אין דבר שבערוה פתות משנים. וע' בתוס' (גיטין לב ע"ב) סוף ד"ה ורב נחמן, ובמהרש"א וקרני ראם שם, ובפני יהושע שם, ובס' בית מאיר (סי' קמא ס' ס), ובספר תורת גיטין שם. ובשו"ת אור

גדול (סי' ט אות ד), ע"ש. ואכמ"ל. ולאחר מכן יחזור הסופר לכתוב (בציווי הבעל) גט אחר והבעל ימסרנו מידו לידה כדת.

והנה אע"פ שהמהרש"ם כתב כן להלכה ולא למעשה, ואפשר ג"כ לפקפק ע"ז לפמ"ש בשו"ת ברית אברהם (חאה"ע סימן נט אות ה), דאכתי אף לאחר ההפקעה יש קידושין מדרבנן, ע"ש.

ולפ"ז עדיין הם ממזרים מדרבנן. מ"מ מפשט ד' התוספות הנ"ל לא משמע כן... ועכ"פ למה נסתום פתח ההיתר בזה, שאפשר שבשעת הדיון על גורל הבנים, ימצאו עוד סניפים להקל, וכבר קרה פעם אחת, שצירפנו הטעם הנ"ל לספק, והסכימו עמנו גדולי התורה בירושלים, לפיכך יואיל כת"ר לסדר הגט בהקדם ע"פ הנ"ל, ולמצוה רבה תחשב לו, ומה' ישא ברכה.

נא לדרוש בשמי בשלומם של כבוד ידי"נ חברי בית דינו, הרבנים הגאונים... ולהראותם מכתבי זה ולהצטרף לדבר מצוה הנ"ל.

בכבוד רב ובידידות נאמנה,

עובדיה יוסף

ראשון לציון הרב הראשי לישראל

ברור לנו שאחרי המעשה אי אפשר לחזור בו, אולם נראה שהן הנודע ביהודה והן המהרש"ם, וכן הרב עובדיה יוסף הסתמכו על התוס' בדף לב ע"ב (שהוא כשיטת הר"י הנ"ל שם בדף לב ע"א). אמנם ראינו שהתוס' בתירוץ הראשון חלקו על הר"י והתוס' בעמוד ב', וכן חלקו עליו התוס' בדף לג ע"א ולא רצו להסתמך על הפקעת קידושין אלא על דבר בערוה פחות משנים. כמו כן, הרשב"ם ור"י הלבן, ושיטה שהובא בשיטה מקובצת למדו שאין הפקעת קידושין למפרע אלא מכאן ולהבא. נוסף על זה הראב"ן ומאירי למדו שלא פוסקים לפי רשב"ג וממילא אין הפקעת קידושין למפרע להלכה. לכן נראה שלכתחילה אין לסמוך על היתר כזה שהרי רבו הראשונים שחלקו על דין הפקעת גט במקרה של שליח גט, ואין להתסמך על שיטת התוס' של דף לב ע"ב בלבד.

## נספח: בדין עקירת דברי מן התורה בקום ועשה

מדברי התוס' בדף לב ע"א, משמע שהתירוץ הראשון סבור שיש כח בידי חכמים לעקור דבר מן התורה בקום ועשה, ולפי שיטת הר"י בתירוץ שלו, משמע שאין להם כח לעשות את זה. אולם מן המקורות להלן, ברור ששיטת הר"י היא שיש בידי חכמים כח לעקור דבר מן התורה בקום ועשה. אם כן, צריך לפרש את דברי הר"י בתוס' בגיטין דף לב ע"א ככה: "ועוד נראה לר"י [שאפילו אם תאמר שאין כח בידי חכמים לעקור דברי מן התורה בכל זאת הגט הוא גט מן התורה מפני] בכל זאת כי דברים שבלב אינן דברים..."

כעת נביא את הראיות שר"י אכן סבור שיש כח בידי חכמים לעקור דבר מן התורה בקום ועשה: המקור הראשון הוא תשובת הר"י לר' אשר ב"ר משולם מלוניל שנמצא בתמים דעים, סי' רג דף נ סוף עמודה ב, והוא חתום עליו שם, בעמודה ד:

יש כח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה ואפי' בקום עשה דברי הכל כשיש טעם קצת למתיר שאז אינו דומה עקירה. ומה שיש מי שאומר בהאשה רבה שב ואל תעשה שאני אבל בקום ועשה אין להם כח לעקור היינו בדבר שאין טעם שיהיה דומה היטב שראוי לעקור על ידו. כך אני מפרש ובא שבדבר הדומה יפה יש לעקור לכולי עלמא ויש ראיות רבות וטעמא הוי משום דבכי האי גוונא לא חשיבא עקירה...עד כאן כתב הרב ר' יצחק בר שמואל מצרפת בתשובות שאלות אל הרב ר' אשר בר"ר משולם ז"ל דין מסור.

מן התשובה עצמה הר"י כתב את הדברים בחמש השנים לפני מותו, שהרי הוא מזכיר את "תוספות בני ז"ל" שהוא ר' אלחנן שמת על קידוש ה' בשנת ד'תתקמ"ד (1184), ואביו הר"י נפטר בשיבה טובה בשנת ד'תתקמ"ט (1189).<sup>9</sup> הדברים גם נמצאים בשמו של הר"י בתוספות ר' אלחנן (בנו הנ"ל של הר"י) למסכת ע"ז, דף יג ע"א:

---

<sup>9</sup> על תאריך פטירתו, ראה אפרים אלימלך אורבך, בעל התוספות, ירושלים, תש"ס, 40, עמ' 253. על-אודות התשובה הזו, ראה דברי י"מ תא-שמע, "תשובת ר"י הזקן בדין מוסר: לתוקפה של האגדה בהלכה האשכנזית", ציין, סח (תשס"ג), עמ' 167-174.

אמר אביי אמר קרא את סוסיסה תעקר. והואיל ושרי רחמנא בעלמא עיקר הקילו חכמים להתירו כאן הואיל ולצורך מצות תקנוהו. ותימא למ"ד צער בע"ח דאורייתא בסוף פ' אלו מציאות (דף ל"ב) האיך התירוהו כאן למ"ד אין כח ביד חכמים לעקר דבר מה"ת והמ"ל דהך ברייתא דוקא למ"ד צער בע"ח דרבנן ודוחיק הי"א, ונ"ל דאתי שפיר לפי ר' שרגיל לפרש ביבמות דאפי' למ"ד אין כח בידי חכמים לעקור דבר מה"ת מודה הוא דהיכא דאיכא סברא קצת שיש כח לעקור כדפי' גבי יש חופה לפסולות ובריש האשה רבה [דף פ"ט] גבי מתירין אשה ע"פ ע"א.<sup>10</sup>

הרי "לפי ר"ם" הוא רבנו, אביו, הר"י, כדרכם של תלמידי הר"י בתוספות שלהם, וראה להלן בתוס' שאנץ לכתובות. לפי זה ההפנייה לסוגיה ביבמות מתאימה לדברי התוס' ישנים שהובאו לעיל [בגוף המאמר]. המחבר של תוס' ישנים למסכת יבמות היה תלמידו של הרא"ש והוא השתמש גם בתוס' שאנץ [שהי' תלמידו של הר"י] למסכת יבמות.<sup>11</sup>

והנה ידידי הרב נחמיה טיילור הצביע שכך נראה שהיא שיטת התוספות במסכת כתובות (יא ע"א) ד"ה מטבילין:

...וא"ת היכי הוי גר מדרבנן ושרינן ליה בבת ישראל וקידושיו קידושין הא מן התורה עובד כוכבים הוא וי"ל דקסבר כמ"ד בהאשה רבה (יבמות דף פט:): דיש כח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה בקום ועשה וכי פריך מאי קמ"ל הוה מצי לשנויי קמ"ל דיש כח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה בקום ועשה וחד מתרי טעמי נקט...

וכן הוא בתוספות הרא"ש מסכת כתובות דף יא עמוד א ד"ה גוי קטן:

...וא"ת והיכי הוי גר מדרבנן וכי יש כח ביד חכמים להפקיע דבר מן התורה בקום ועבור דהא כיון דחשבינן ליה גר שרינן ליה בבת ישראל וקידושיו קידושין ובניו חולצין ומיבמין אף על פי שהן אחין מן האם ולא מן האב (פי' שאין אב לגוי), וי"ל דס"ל כמאן דאמר בפרק האשה רבה דיש כח ביד חכמים להפקיע דבר מן התורה בקום עבור, וכי

<sup>10</sup> ראה תוספות רבינו אלחנן... על מסכת עבודה זרה, מהדורת ר' אהרן יעקב קרויזר, בני ברק תשס"ג, עמ' סח-סט, והע' 426 למקורות נוספים.

<sup>11</sup> ראה אפרים אלימלך אורבך, בעלי התוספות: תולדותיהם, חיבוריהם, שיטתם, מהדרוה רביעית מורחבת, ירושלים, מוסד ביאליק תש"מ, כרך ב', עמ' 623.

פריך מאי קמ"ל דזכין לאדם שלא בפניו תנינא הוה מצי לשנויי קמ"ל דתקנו לו גרות להפקיע על דברי תורה אלא חדא מנייהו נקט.

המקור לשיטתם הוא בתוס' הר"ש משאנץ למסכת כתובות שם :

וא"ת חיכי הוי גר מדרב' וכי יש כח ביד הכמ"י להפקיע דבר מן התורה בקום עבור, דהא כיון דחשבי ליה גר שרי ליה בבת יש' וחשבי קדושי קדושי. ונר' לר' דסבר ליה כמ"ד יש כח [ביד] חכמי לעקור דבר מן התורה בקום עבור בהאשה רבה.

הרי "ונר' לר"י הוא הר"י, רבו של הר"ש משאנץ, והרי לנו שיטת הר"י אלא כאן הוא אומר את זה לפי המ"ד שסבור כך, אבל משמע שאין כולם מודים לזה. וייתכן שדברי תוס' אלו הם בראשית דרכו של הר"י אבל אח"כ פיתח את השיטה שיש כח בידי חכמים לעקור דבר מן התורה בקום ועבור כשיש טעם לדבר והוא לפי כל השיטות בסוגיה ביבמות שם, וכמו שמופיע בתשובה שלו, בתוס' בנו למסכת ע"ז, בתוס' ישנים למסכת יבמות, ובתוספות שלנו סוגיה שלנו בגיטין.

לבסוף, יש להעיר מדברי תוספות הר"י"ד (על הירושלמי) לרידב"ז למסת מסכת ראש השנה, ריש פרק ד, שדבר זה הוא מחלוקת בין הבבלי לבין הירושלמי :

ודע דלמסקנא לשיטת הבבלי הוא מדרבנן גזירה דרבה דאין תוקעין בגבולין ולשיטת הירושלמי אין תוקעין בשבת בגבולין הוא מדאורייתא ואין להקשות לפ"ז האיך תיקן ריב"ז שיהא תוקעין בכ"מ שיש ב"ד הא מן התורה אסור והאיך יכולין רבנן למשרי וכי ב"ד מתנין לעקור דבר מן התורה. ז"א דלשיטת הבבלי אין ה"נ דאין ב"ד מתנין לעקור דבר מן התורה אך בשוא"ת כדאיתא במס' יבמות דף צ' ע"ב איזמל וסדין [דף יט עמוד ב] בציצית שופר כו' שוא"ת שאני הוא דמן התורה היה מחויב לתקוע אף בשבת ומשום גזירה דרבה אין תוקעין דשוא"ת הוא אבל אי מן התורה היה אסור לתקוע בשבת בגבולין אין כח ביד חכמים למשרי ולא היה ריב"ז מתקן שיהא תוקעין בכ"מ שיש בו ב"ד. אבל שיטת הירושלמי הוא כדבר חסדא בבבלי במס' יבמות דף פ"ט דיש כח ביד ב"ד לעקור דבר מן התורה אף בקום עשה. כדגרסינן בירושלמי במס' גיטין פ' השולח גבי אם בטלו מבוטל דברי רבי רשב"ג אומר אינו יכול לבטלו ולא להוסיף על תנאו משום מה כח ב"ד יפה ומקשה בירושלמי כמו

בש"ס דילן מי איכא מידי דמדאורייתא בטל גיטא ומשום מה כח ב"ד יפה שרינן א"א לעלמא דמתרץ לה בש"ס דילן דכל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש [בגיטין ל"ג ע"א וביבמות פ"ט ע"א הנ"ל] ואילו בירושלמי מתרצינן וכי זיתים על שמן וענבים על היין לא תורה הוא שיתרום והן אמרו לא יתרום ולא עוד אלא שאם עבר ותרום אין תרומתו תרומה ע"כ הרי מפורש שהוא בשיטת רב חסדא הן בתרומה והן בא"א עיין שם בש"ס דילן במס' יבמות ותמצא ממש כדברינו א"כ לפ"ז שפיר אזלי הבבלי והירושלמי לטעמייהו ועיי' בזה מה שכתבתי במס' תרומות פ"ד עיין שם. ודו"ק:

אולם לפי הר"י בתשובה וסיעתיה וכמו שהצענו כאן, אין מחלוקת בין הבבלי לבין הירושלמי, אלא כולי עלמא מודו שיש כח בידי חכמים לעקור דבר מן התורה בקום ועשה כשיש טעם לדבר.

## הפקר כשמיטה<sup>1</sup>

### ראשי הפרקים

- א. הפקר לעניים
- ב. החזרת ממון בטעות הדיינים
- ג. נו"ב: הפקר לכהן הוי הפקר
- ד. עונג יו"ט: מתנה אינה כהפקר
- ה. הפקרת עבד עברי
- ו. הפקר כסילוק הבעלות
- ז. הפקר לגבי בעל הוי הפקר
- ח. הפקר כלפי הגזלן
- ט. הפקר לאדם אחד מנלן?
- י. הפקרת בהמה בשבת
- יא. הפקר בהמה המושכרת
- יב. הפקר במחשבה – סילוק רשות
- יג. סיכום

### א. הפקר לעניים

במשנה פאה ו, א שנינו: "בית שמאי אומרים הבקר לעניים הבקר ובה"א אינו הבקר עד שיבקר אף לעשירי" כשמיטה". ובירושלמי מבואר בשם רבי יוחנן שהמקור לב"ש להפקר נלמד מהפסוק תעזוב אותם שנאמר במתנות עניים. ולומדים ב"ש שישנה עוד עזיבה שהיא לעניים ולא לעשירים וזהו הפקר.

ריש לקיש מבאר דעת ב"ה שהמקור לדין הפקר נלמד מייתור התורה בפרשת משפטים בדין שמיטה. שנאמר "ובשביעית תשמטנה ונטשתה" והיה מספיק לכתוב תשמטנה ומהמילה ונטשתה לומדים שיש נטישה אחרת שצריכה להיות כשמיטה וזהו הפקר דהיינו שצריך להיות ההפקר גם כלפי העשירים וגם כלפי העניים כהפקרה של השמיטה.

---

<sup>1</sup> מאמר זה מוקדש לעילוי נשמת ידידי נפתלי בן שבת זוסמן ז"ל.

ומפשט הגמי' בב"מ ל נראה שר' יוחנן ור"ל לא חולקים אלא רק הביאו מקורות לדעת ב"ש וב"ה. אך בירושלמי (פאה ו,א) מבואר שנחלקו גם להלכה במקום שאדם הפקיר לישראל ולא הפקיר לגוים. ולדעת ר"י חשוב הפקר ולדעת ר"ל לא חשוב הפקר.

הרמב"ם בפירוש המשנה שם מבאר שמחלוקת ר"ל ור"י בהפקר לישראל ולא לגוים היא בדעת בית שמאי. ומביא שם את דברי ר"י שהיו הפקר. ומדויק מדבריו שלדעת ב"ה לעולם לא חשוב הפקר עד שיפקיר גם לגוים. וכן נראה מדבריו בהלכות נדרים (ב,טו) שפסק שאינו הפקר עד שיפקיר לכל כשמיטה.<sup>2</sup>

אך בר"ש על המשניות שם ובתוס' גיטין מז,א ובשטמ"ק ב"מ ל ביארו שמחלוקת ר"י ור"ל היא גם בדעת ב"ה ולהלכה אם הפקיר לישראל ולא לעכו"ם חל ההפקר בתנאי שישראל יזכה בו. אך אם גוי יזכה בו אז מתברר שההפקר היה בטעות.

ובשו"ע (חוו"מ רעג) הביא כלשון הרמב"ם שאין הפקר עד שיופקר לכל כשמיטה. ופשט הלשון שצריך להפקיר לכל.

רע"א בגיליון מציין לדברי הירושלמי ותוס' בגיטין הנ"ל שלדעת ר"י הפקר לישראל בלבד חשיב הפקר. ולכאורה יש לעיין בדעת השו"ע שכן אם למד כרמב"ם שכל דברי הירושלמי נאמרו רק בדעת ב"ש אז לב"ה אין לנו מקור שאפשר להפקיר רק לישראל אלא צריך להיות הפקר לכל כשמיטה? וצ"ע.

## **ב. החזרת ממון בטעות הדינים**

להבנת שיטת ב"ה שהפקר נלמד משמיטה יש לעיין בגדרה של פעולת ההפקרה.

---

<sup>2</sup> ובנו"ב (קמא אבה"ע ס' נט) הביא שיטת הר"ש שביאר שמחלוקת ר' יוחנן ור"ל היא בשיטת ב"ה. לדעת ר"י אפשר להפקיר רק לישראל ולא לגוים או לבני עיר אחת. אך דייק מלשון הרמב"ם שפוסק שלא מהני כר"ל וז"ל: "אבל וגם מרבינו הגדול הרמב"ם עצמו מוכח שפוסק בזה כר"ל שאם היה פוסק כר"י היה לו להביא שאם הפקיר לבני עיר אחת הוי הפקר אלא ודאי שפסק כר"ל ולא הוצרך לפרש מדסתם הרמב"ם בפ"ב מהל' נדרים וכתב בהלכה י"ד ומה הוא ההפקר שיאמר אדם נכסים אלו הפקר לכל וכן חזר וכתב בהלכה ט"ו המפקיר לעניים אבל לא לעשירים אינו הפקר עד שיופקר לכל כשמיטה כו' הרי שפירש שיפקיר לכל וכן פירש כשמיטה א"כ ממילא הוא כר"ל אבל אם היה פוסק כר"י היה לו להשמיענו חידוש זה דכשמיטה לאו דוקא וכן לכל לאו דוקא ואפי' הפקיר לבני עיר אחת מהני אלא ודאי בלי ספק דהרמב"ם פוסק כרשב"ל. וכן בחו"מ רעג,ג וה' סתם דבריו כדברי הרמב"ם. וכיון שזכינו לדין דהלכה כרשב"ל א"כ אפילו הפקיר לישראל ולא לנכרים אינו הפקר". וגם מדבריו נראה שלא היו לפניו דברי הרמב"ם בפ"ה"מ שם מבואר שלמד שדברי ר"י ור"ל הם רק לדעת ב"ש.

דנה מבואר בשו"ע (חו"מ כב) בשנים שקיבלו עליהם דיין לדונם והתברר שהדיין טעה בדין הדין חוזר. ומקורו הטהור מדברי תשו' מימוניות שאע"פ שקיבלו עליהם לדין לגבי טעות לא התכוונו לקבלו. ובט"ז מבאר שלפי הסברא הנ"ל אם קיבל עליו דיין עם הארץ לא יכול לחזור בו אף שטעה בדין משום שידע שמקבל עליו עם הארץ וידון ע"פ טעותו. ובש"ך (ס"ק ט) כתב שכל האפשרות לחזור היא רק לפני שהוציאו ממון אך לאחר שהוציאו ממון נשאר הכסף אצל המוחזק בו אף שמתברר שהדין היה בטעות. וצ"ב למה לא יחזיר הממון אם מתברר שכל הדין היה בטעות.

ובשער משפט (כ ס"ק א) דן בנתבע שאמר אין לי ראייה וחייבוהו הבי"ד והתובע תבע בשמא כגון יתום שהוציא שטר של אביו וכד'. ואחר שהוציאו ממנו את הממון מצא הנתבע ראייה לזכותו. ופוסק שם שאע"פ שמוכיח לנו שלא ידע על הימצאות הראייה לא מחזירים את הדין הואיל וכבר הוציאו את הממון מתחת ידו חשוב שהפקיר את הממון בכך ששילם.

וראייה לכך מביא מדברי הגמ' בכריתות (כד, א) אמר רבי כרוספדאי אמר ר"י שור הנסקל שהוזמו עידיו כל המחזיק בו זכה בו, אמר רבא מסתברא טעמי דר"י כגון דאמרי ליה נרבע שורו אבל אמרו רבע שורו הוא בעצמו מידע ידע דלא רבע וטרח ומייתי עדים ולא מפקר ליה". ומוכח מדברי הגמ' שאע"פ שפסיקת בי"ד שהשור צריך להיסקל היתה בטעות ואחר שהוזמו העדים מתברר למפרע שכלל לא היה אסור בהנאה בכ"ז נשאר הדין שהקודם לזכות זכה בו. והסברא לכך הואיל ובי"ד פסקו דינו להיסקל חשוב השור כהפקר. וא"כ כך גם במקרה שבי"ד פסקו דין מחוסר ראיות מי שחויב בממון הפקירו וממילא גם אחר שנמצאה הראייה זכה בה המוחזק מההפקר.

וראייה נוספת לדבריו מביא השעה"מ מדברי הרא"ש<sup>3</sup> ב"ק (פ"ט ס' כא) שיהודי ששלח שליח להחזיר לגוי חוב והגוי שכח מהחוב יכול השליח להחזיר

<sup>3</sup> ובחידושי הגרש"ש ב"מ לג דחה ראייה זו וכתב לחלק בין השולח מעות לנכרי שבזה באמת מפקיר המעות משום שלא מחויב בהשבת החוב לגוי לבין החייב ליהודי שרוצה לפרוע את חובתו וכתב "ומה שהקשה שם בספר הנ"ל בכל טעות בדבר משנה וכן אם שלם ע"פ עדים שקרנים אם זוכה ע"י יאוש כמו שור הנסקל שהוזמו עדי, עיין שם בדבריו שהוכיחו כן לדניאל מדברי ר"א ברא"ש סוף פרק הגזול אם שלח חוב לעכו"ם ושכח העכו"ם, עיין בדבריו. ולענ"ד אינו נראה כן דדוקא בעכו"ם שלא איכפת לו אם יופרע החוב או שישכח העכו"ם דאינו מצווה בפריעתו, ורק מצד הכרח הוא פורע לו, ככה"ג אם העכו"ם מתייאש אז אינו מקפיד לגמרי דבין כך ובין כך נחשב אצלו כאבוד. אבל כשפורע לישראל דמצוה קעביד וחשוב לו לתועלת ואינו נחשב בעדו כאבוד לגמרי, בודאי אם יתגלה דפטור חשוב ממונו לגמרי ולא יכול אדם לזכות בו.

בכסף ולא צריך להחזירו למשלח. ומבאר שם שזה כמו דין שור הנסקל שהוזמו עדיו שהבעלים כבר הפקיר את הממון שחשב שיגיע אל הגוי והשליח זוכה מההפקר.

### **ב. נו"ב: הפקר לכהן הוי הפקר**

סימוכין לחידוש הנ"ל שגם אדם שמתכוון לשלם לאדם מסוים חשוב שמפקיר את הממון כלפיו מצאנו בדברי הנו"ב יו"ד קנד.

הנו"ב דן באדם שבא להישאל על הפרשת תרומה אחר שהגיע התרומה ליד כהן ופוסקים שאינו יכול להישאל. ומחדש שם שאדם שתרם תרומה ונשאל עליה מאחר שהגיע ליד כהן אף אם יוכל להישאל על התרומה ויבטל מהפירות שם תרומה אין הכהן צריך להחזיר את הפירות שקיבל. וביאור הדבר שהכהן זכה בפירות לפי שהנותן הפקיר את הפירות כלפיו בכך שנתנם לו כתרומה.

ודברים אלו לכאורה צ"ב, שכן מבואר במשנה שהבאנו בראשית הדברים שלדעת ב"ה אומרים שאין ההפקר חל עד שיפקיר האדם גם לעניים וגם לעשירים שכן הפקר נלמד משמיטה ובשמיטה הפירות מופקרים בין לעניים ובין לעשירים. וא"כ איך יתכן שאדם יוכל להפקיר רק כלפי אדם אחד והרי זה גרוע הרבה מהפקר לעניים?

הנו"ב מקשה בעצמו על חידושו מדברי המשנה הנ"ל וכתב:

"ואף דקיי"ל כב"ה דאינו הפקר עד שיופקר לכל כשמיטה ועיין בח"מ סימן רע"ג סעיף ה' ובסמ"ג ס"ק וי"ו שמבואר שהזוכה בה לא עשה ולא כלום. נלע"ד דהיינו בהפקירו לכל העניים ולא לעשירים שאז שום עני לא יוכל לזכות בה אבל במפקיר זכותו נגד אחד או שנים לנוכח מהני שהם יכולים לזכות בו".

ומתבאר מחילוקו שכל המגבלה של הפקר לעניים שאינו הפקר זה כאשר לא מפקיר כלפי אדם מסוים אלא כלפי קבוצה של אנשים אך אם מפקיר כלפי אדם מסוים כן חשוב הפקר. וכראיה לדבריו מביא ממסכת נדרים (מה) שהמפקיר לפני שנים לדעת רבי יוסי הוי הפקר. והר"ן שם מבאר שבמפקיר

---

וזה ברור לענ"ד. ובדבר בעין שאין בו פריעת חוב שיהי' ככה"ג אם יצא ע"פ בי"ד שהחפץ של חבירו והוא לא ידע, נראה בודאי דלא שייך יאוש דהרי לא ידע כלל שיש לו חפץ ולא שייך בזה התרצות כלל. וזה מוכח מכל הסוגיא דיבמות לו בסוגיא דקם דינא".

לפני שנים דעתו על אחד מהם שיזכה. ומדייק משם שכאשר דעת המפקר  
שאחד יזכה חשוב הפקר.

#### ד. עונג יו"ט: מתנה אינה כהפקר

בעונג יו"ט סי' צא הביא את חידושם של הנו"ב והשער משפט וחלק עליהם  
וכתב וז"ל: "זה אינו נראה כלל דודאי כל שלא הפקיר לכל כשמיטה לא הוי  
הפקר ומה שמביא ראיה מהא דאמרינן בנדרים הא דאפקרינהו באנפי תרי  
דיכולים הני תרי לזכות בהן משום דאדעתא דידהו הפקיר לאו ראיה היא  
כלל דמה שהנהו תרי יכולים לזכות בהם לאו מדין הפקר הוא אלא מדין  
מתנה דכיון שאמר באפי תרי שמפקירם אמדינן לדעתו שרצה שהם יזכו בזה  
והוציא הדבר בלשון הפקר. ואף אם אינו הפקר מ"מ מתנה הוי דהא גלי דעתו  
דניחא לי' שיזכו הן ולהכי אמר בפניהם שמפקיר כדי שיזכו ואיהו אמר לשון  
הפקר ומהני לענין שיועיל זכיייתם מדין מתנה. אבל ודאי הפקר לא הוי עד  
שיפקיר לכל אדם".

ומבואר שאין אפשרות להפקיר לאדם אחד כשרק הוא יכול לזכות אלא רק  
אם מפקיר לכל העולם. וכל מה שמצינו הפקרה במכוון שאחד יזכה הרי זה  
מתנה ולא הפקר.<sup>4</sup>

וכן בנחלת צבי לבעל הפ"ת סימן כ הביא החולקים על דברי השער משפט  
וכתב בשם ספר בית יהודה שוודאי כאשר לא מפקיר לכול"ע לא חל ההפקר  
וכמבואר בב"מ ל,א.

ובאמת צ"ע להבין שיטת הפוסקים שחשוב הפקר היכן מצינו סוג הפקר כזה  
הרי לבי"ה לומדים הפקר משמיטה ושם ההפקר הוא לכל העולם. ומנלן  
לחדש סוג הפקר שהוא רק לאדם אחד שיכול לזכות בו?

#### ה. הפקרת עבד עברי

בקידושין טז,א שואלת הגמ' למה צריך האדון הרוצה לשחרר עבדו לכתוב גט  
שחרור הרי יכול לומר לעבד בפני שנים שילך ויועיל מטעם הפקר? ומבאר  
רבא שמכאן מוכח שע"ע גופו קנוי ולכן לא מהני אם יפקירנו.

---

<sup>4</sup> וכן באבני"מ כח, מט הביא דברי הנו"ב (אבה"ע קמא נט) שממון שבעליו לא מקפיד  
עליו מותר לזכות בו מדין הפקר. ולכן אם מקפיד אפי' על אדם אחד בעולם אז לא  
מועיל ההפקר כלל שכן חשוב הפקר לעניים ואינו הפקר. ובאבני מילואים שם חולק  
שאיך קשר בין הפקר לבין חוסר הקפדה. שכשאינו מקפיד על הזוכים זה מגדרי מתנה  
ולא מתורת הפקר ולכן מועיל מה שלא מקפיד גם אם מקפיד כנגד אדם אחד.

ובתוד"ה לימא הקשו מדוע הגמי' לא נותנת אפשרות שהאדון יפקיר את עבדו העברי ובה לא צריך גט שחרור לדעת שמואל בגיטין לח ומתרצים שלעולם אם האדון יפקיר העבד משתחרר רק הקשתה הגמי' למה לא מספיק שיאמר לו את לשון השטר בע"פ בלי שטר. אך בלשון הפקר וודאי במועיל אף בע"פ.

ובפנ"י שם הקשה על תוס' איך מועיל לשון הפקר בעבד הרי אין זה כהפקר לכל העולם שכן רק העבד יכול לזכות בעצמו. וא"כ לדידן שפוסקים כב"ה לא שייך להפקיר עבד עברי שאין זה הפקר לכל העולם?

וכתב שם :

ויש לתמוה על תמיהתם דהא הפקר גופא קי"ל שאינו הפקר עד שיפקירו לעניים ולעשירים כשמיטה דכתיב ונטשתה דמהתם ילפינן הפקר וא"כ מאי הפקר שייך בעבד עברי שאין שום אדם יכול לזכות בו ואף למוכרו אינו רשאי אף שגופו קנוי, משא"כ בעבד כנעני דאיתקש לשדה אחוזה ויש לו בו קנין גמור למוכרו וליתן במתנה מש"ה שייך ביה נמי הפקר שהרי כל אדם יכול לזכות בו.

והנה מדברי התוס' שסברו שמועיל הפקר בעבד למרות שאי אפשר לזכות בו והעבד זוכה בעצמו נראה להביא ראיה לדברי השער המשפט והנו"ב הנ"ל שכן אפשר להפקיר על דעת שרק אדם מסוים יזכה והוי הפקר. ולכן מבואר שמהני הפקר בעבד עברי למרות שאין מי שיכול לזכות בו.

ואכן המקנה (קידושין שם) דוחה את קושית הפנ"י וטוען " (ש)לא דמי להתם דהתם מיעט ההפקר שלא יזכו בו עשירים משא"כ הכא הפקיר לכל אלא שאין אחרים יכולין לזכות משום שהוא זוכה בעצמו והוי כמו הפקר בעבד כנעני דזוכה בעצמו ואף על גב דאינו יכול למוכרו מ"מ יכול להפקירו ולסלק רשותו ממנו ואם לא מטעם שהוא זוכה בעצמו הי' אחר יכול לזכות בו".

ומבואר מדבריו שאף אם בפועל יכול לזכות רק אדם מסוים הואיל ומצד ההפקר הוא הפקר לכל העולם חשוב הפקר. ולכן גם לב"ה חשוב הפקר כשמיטה שכן מצד המפקיר חשוב כמפקיר לכל העולם.

### **ו. הפקר כסילוק בעלות**

בחידושי ר' שמואל (קידושין שם) רוצה לבאר המחלוקת בין הפנ"י לבין המקנה בחקירה האם גדר הפקר לעניים שאינו הפקר הוא מצד החיסרון

במעשה ההפקר שלא מסלק הבעלים רשותו כלפי העשירים ולכן לא חשוב כלל מעשה הפקר. ולצד זה מהות ההפקר היא סילוק הבעלות מצד הבעלים והגבלת ההפקר רק לעניים היא השארת בעלות בחפץ.

או שהחיסרון בהפקר לעניים הוא מצד שמהות ההפקר היא שיש לכל העולם אפשרות לזכות וכאשר האדם מגביל את היכולת לזכות אין זה דין הפקר.

ולצד הראשון בחקירה מבאר את דעת המקנה שאם אדם מפקיר מצידו לכל העולם אך בפועל רק אדם אחד יכול לזכות כן הוי הפקר שכן הבעלים סילק רשותו לגמרי. ולכן במפקיר עבד חשוב הפקר גמור אף שבפועל רק העבד יכול לזכות בעצמו.

אך לצד השני שבו מהות ההפקר היא יכולת העולם לזכות אז מובנת קושיתו של הפנ"י שבעבד לעולם אין אפשרות לזכות בו וא"כ לא גרע מהפקר לעניים וכנ"ל.

#### **ז. הפקר לגבי בעל הוי הפקר**

בגיטין כא מבארת הגמ' דלאביי אין נתינת חצר שבתוכה הגט מועילה לגירושין משום שצריך שתהיה אפשרות לגרש גם בעל כורחה של האשה וכמו בידה שאפשר לגרש גם בע"כ.

ובתוס' (שם ד"ה ואיבעית אימא) הקשו הרי גם בחצר מצינו נתינת גט בע"כ אם נותנו לחצר שהיה לאשה מלפני החתונה. ובזה יכול לגרשה בע"כ ע"י חצרה? ומתרצים התוס' שבחצרה יכולה להפקיר אם לא רוצה לקבל בה הגט וממילא לא דומה לידה.

ולהנ"ל קשה על דברי התוס' הרי מה מועיל ההפקר של האשה הרי הפירות שייכים לבעל וממילא אף אחד לא יוכל להחזיק בקרקע ולקנותה שכן אין קנין חזקה מועיל אם הפירות של הקרקע שייכים לאחר?

באור שמח (מכירה א, ח) הביא דברי הכס"מ בהלכות נדרים פ"כ שכתב בדעת הרמב"ם שמדאוריתא צריך הפקר לפחות בפני אחד כדי שיוכל לזכות אך אם יפקיר בינו לבין עצמו לא הוי הפקר. וכתב שמוכרחים לזה מצד הסברא "דהיכי דאין אדם יכול לזכות תו לא הוי הפקר וזו סברא מתקבלת אל הלב ומוכרחת היא". וא"כ איך מועיל הפקר האשה שדה שפירותיה שייכים לבעל?

וליישב הקושי מדברי התוס' כתב שמאחר ולגבי הבעל מועיל ההפקר שכן הבעל שהפירות שייכים לו יכול לזכות בקנין חזקה גם בגוף הקרקע ממילא

חשוב הפקר. ומוכח גם מדבריו שהפקר לאדם אחד חשוב הפקר. והסברא שמועיל הפקר כזה היא מאחר ומצד הבעלים היתה הסתלקות לא צריך שתהיה לכל העולם רשות לזכות וכנ"ל.

### ח. הפקר כלפי הגזלן

בב"ק סו,א מבואר שאין הגזלן זוכה בגזלה בזמן שהגזלן מתייאש משום שבאיסורא אתא לידיה. ובתוס' שם ד"ה כיון כתבו "מכאן משמע שיאוש אין כהפקר גמור דא"כ אפי" בתר דאתא לידיה באיסורא יוכל לקנות מן ההפקר". ובמחנה אפרים (זכיה מהפקר סי' ז) תמה על דברי התוס' איך הוכיחו שיאוש לא חשוב הפקר מכך שלא מועיל לממון שביד הגזלן הרי מבואר בב"ק סט בסוגיא צדנועים שאין אפשרות להפקיר מה שאינו ברשותו כמו שלא יכול להקדיש מה שאינו ברשותו. וא"כ גם אם ייאוש הוא כהפקר כאשר הממון ברשות הגזלן לא יועיל כהפקר שכן אינו ברשות הבעלים אלא ברשות הגזלן?

ובספר דבר אליעזר<sup>5</sup> (להגרא"י ולדינברג סי' טו אות ג) רצה לישב קושיית המחנה אפרים ע"פ חידושו של בעל קצוה"ח (לז, ג) שאף שאי אפשר להקנות חפץ שלא ברשותו של אדם אם מקנה אותו למי שהחפץ כן נמצא ברשותו יכול להקנות. ובוה ביאר שם הקצות מה שמצינו בב"ב מג שבני העיר שנגנב ס"ת שלהם מסתלקים שנים מזכותם בס"ת ומעידים על הגזלן. וקשה איך יכולים להיסתלק והרי לא יכולים להקנות ולהפקיר דבר שלא ברשותם? ומיישב קצוה"ח שלגזלן עצמו יכולים להקנות וסילוק בני העיר הוא בהקנאה לגזלן שזוכה. וממילא מיושבת הקושיא של המחנה אפרים שאם ייאוש היה כהפקר אז הגזלן עצמו היה יכול לזכות שכן אפשר להקנות לו ומכך שלא קונה מוכח שאין הייאוש כהפקר.

---

5 הדבר אליעזר מביא את החקירה הנ"ל האם הפקר הוא רק סילוק הבעלות מצד המפקיר או שהוא גם נתינת זכיה לכל העולם. ורצה לתלות החקירה במחלוקת רש"י ותוס' בב"מ יב האם הפקר חשוב כדעת אחרת מקנה או לא (וכן כתב הדברי יציב חו"מ סב וכן נקטו עוד אחרונים). אך נתה"מ רע"ג, הוכיח מרש"י בגיטין לט שגם הפקר מדעת האדם לא חשוב דעת אחרת מקנה. ורק לענין חצר נקט רש"י שדעת המפקיר עושה את החצר למשתמר. וא"כ לדעתו לית מ"ד שהפקר חשוב ממש דעת אחרת מקנה. ובוה מישב בגידולי שמואל (ב"מ יא) שתירה בדברי הרא"ש שבב"מ כתב כרש"י שהפקר חשוב דעת אחרת מקנה וב"ב עו פסק שהפקר לא חשוב דעת אחרת מקנה? ולנתיבות מיושב שרק לענין שמירת החצר מועילה דעת המפקיר אך לא להחשב כדעת אחרת מקנה ודוק.

אך הדבר אליעזר דוחה את תירוצו שכן לא שייך שיפקיר רק כלפי הגזלן הרי צריך להיות הפקר כשמיטה שהוא לעניים ולעשירים ובציור של גזלן ההפקר הוא רק כלפיו שרק הוא יכול לזכות וזה אינו הפקר.

אך לפי דברי האחרונים הנ"ל באמת שייך הפקר כזה שרק הגזלן יוכל לזכות בו שכן הבעלים מסתלק מהחפץ כלפי כל העולם ורק הגזלן יכול בפועל לזכות.<sup>6</sup> ומכך שהגזלן לא זוכה מוכח שייאוש אינו כהפקר גמור ומובנים היטב דברי התוס'.

---

<sup>6</sup> ובשער משפט (רעה, א) נסתפק אם גר שמת והיה לו ממון בשותפות האם השותף זוכה מיד בכל חלק הגר או שצריך לעשות קנין ועד שיעשה מעשה קנין יכול כל אדם לזכות בחלק הגר. ועיי"ש מראיתו מב"ק מט שהזכיה של השותף היא מעצם הסתלקות הגר מחלקו. ובחידושי ר' דוד פוברסקי (בי"מ כו) הביא את קושית הקצות איך אפשר להסתלק מהסיי"ת אם הוא ברשות הגזלן הרי לא יכול להקנות דבר שאינו ברשותו? ורצה לבאר ע"פ דברי השער המשפט שכאשר בני העיר מסתלקים מבעלותם בספר תורה מיד זוכים בזה שאר בני העיר ששותפים בספר. וזכיה זו הואיל ונעשית ממילא יכולה לחול גם בממון שאינו ברשותו של אדם.

אך לדידי קצ"ע שהשער המשפט הסתפק רק בדין גר שמת ובה חידש שאפשר שהשותף זכה ממילא. אך במקום שיש שותף שמפקיר מנין לנו שבאמת יזכה השותף ללא מעשה קנין?

ובשו"ת דברי יציב חו"מ ס אות ט הקשה איך מהני הפקר של שותף לחלקו הרי לא דומה לשמיטה שכן רק אינו לעניים ולעשירים? וביאר ע"פ דברי הנו"ב הנ"ל שמועיל הפקר כלפי אדם אחד וכך גם בהפקר של שותף מועיל למרות שרק השותף זוכה בו ממילא. וגם קושיתו היא רק אם דברי השער המשפט נאמרו גם בהפקר מדעת ולכאורה בדבריו מדויק שנסתפק רק בגר שמת שבזה אין באמת צד של נתינת זכות לכל העולם לזכות ולא נלמד כלל משמיטה ולכך לא קשה שאינו הפקר לעניים ולעשירים.

ומצאתי שהג"ר שלמה זלמו אולמן (במאמר שנדפס באורייתא יז עמ' רכח) חילק כנ"ל שכל דברי השער המשפט אמורים רק בגר שמת ולא בהפקר מדעת. ומביא ראיה נפלאה מכריתות כד (הסוגיא שממנה הוכיח השער משפט ב' כ שיש הפקר גם כשלא מתכוין שהעולם יזכה בו) שם מבואר שאדם שנאמר לו ששורו נרבע והוזמו עדיו הקודם לזכות זכה בו לפי שהבעלים הפקירו מאחר שנאסר בהנאה. ובתוס' (ד"ה ואמרו לו) הקשו על רבינו אפרים שסובר ששור שנרבע מותר בהנאה אלא שצריך לדון במיתה למה הבעלים מפקירו הרי יכול להינות מבשרו ועורו? ומתריצים התוס' שבאור הגמ' שכל הקודם לזכות בשור יזכה הכוונה בחלק השבח שיש בשור חי ממה שהבעלים היה זכאי למכור את השור אחר הריגתו. ומכאן מוכיח הרב אולמן שבמקום שאדם מפקיר חלק אף אם נשאר בעלים בחלק לא זוכה שוב בכל הממון בממילא וכל הקודם יכול לזכות. וא"כ כך הדין גם לגבי שותף שלא יזכה כאשר שותפו מפקיר. וע"כ שהשער המשפט דיבר רק על גר שמת ולא על שותף שמפקיר חלקו. אך כתב שם שלא ידע חילוק בין גר שמת לישראל שמפקיר? ולכאורה להנ"ל אפשר שגר שמת לא נלמד מהפקר דשמיטה ולכן בסילוק בעלות הגר מיד זוכה השותף אך בהפקר מדעת שנלמד משמיטה צריך שתהיה אפשרות זכיה לעולם ולכן אין השותף זוכה בממילא ועצ"ע.

ומה שמבואר בסוגיא דצנועים שאין אפשרות לבעלים להפקיר אחר שלקטו העניים את הפירות מבארים התוסי' (סט, א ד"ה כל שלקטו) שאין הפקר כזה פוטר ממעשר שכן לא חשוב עזוב לכל. וא"כ אף שהעניים שלקטו שלא כדין לא יעברו על איסור גזל בכ"ז יאכלו טבל אם לא יעשרו את הפירות. עיי"ש.<sup>7</sup>

### ט. הפקר לאדם אחד מנלן?

ויש לעיין בעקבות מה שנתבאר לעיל, מנין לנו ללמוד שיש גדר כזה של הפקר שאינו מאפשר זכיה לכל העולם? והרי מצריכים שיהיה הפקר לכל כשמיטה שמופקר לכולם ולכולם ישנה אפשרות לזכות בפירות ההפקר?

ולישב כל הנ"ל ומה שהקשנו בתחילת דברינו נבאר בתחילה מהי צורת ההפקר הנלמדת מהשמיטה.

הרמב"ם (שמו"י ד, כד) כתב "מצות עשה להשמיט כל מה שתוציא הארץ בשביעית שנאמר והשביעית תשמטנה ונטשתה, וכל הנועל כרמו או סג שדהו בשביעית ביטל מצות עשה, וכן אם אסף כל פירותיו לתוך ביתו, אלא יפקיר הכל ויד הכל שוין בכ"מ שנאמר ואכלו אביוני עמך".

ומדויק מלשונו שבפירות שביעית יד הכל שוין בה וגם נכרים יכולים לקטוף פירות שביעית שכן הם מופקרים.

מאידך פסק הרמב"ם (שם הלכה ל) בעקבות דברי התוספתא שביעית פ"ד וז"ל "עייירות ארץ ישראל הסמוכות לספר מושיבים עליהם נאמן כדי שלא יפוצו עכו"ם ויבזו פירות שביעית". וא"כ נראה שאין לנכרים זכות ללקט פירות שביעית ובי"ד מעמידים שומרים שימנעו נכרים מלקטוף פירות שביעית.

---

ובחידושי הגר"ד פוברסקי (שם) רצה לבאר מה שמבואר בשטמ"ק (בי"מ כו) שאם מצא אבידה שאבדה משלושה בני אדם יש לחוש שאחד מהם מחל לגבי חבריו לאחר שנודע לו שאבד ממנו. וק' איך מוחל אחר שאבדה לו האבידה והרי אי אפשר להפקיר דבר שאינו ברשותו? ורצה לישב ע"פ השער המשפט ששותפים זוכים בממילא כאשר שותף אחד מסתלק אז יכולים לזכות גם בדבר שלא ברשותם. וא"כ מוכח שדינו של השער המשפט הוא גם בשותף שהפקיר ולא רק בנכסי הגר? אך בשיעורי ר' שמואל שם ביאר שאפשר שהשטמ"ק סובר שאבידה חשיבה דבר שברשותו ולכן גם אפשר להפקיר אותה. ולעולם אפשר שבהפקר מדעת לא נאמרו דברי השער המשפט וכנ"ל.

<sup>7</sup> אך ברשב"א סט, ב (ד"ה כל שלקטו) הביא דברי הראב"ד שלא חשוב כלל הפקר משום שהפקר צריך להיות כשמיטה שעזוב לעניים ולעשירים. ובמקום שמפקיר רק כלפי הנגזל לא דומה להפקר כשמיטה. ונראה מדבריו שסובר כדעת הפוסקים הנ"ל שלא ישיך הפקר כסילוק אלא רק כנתינת זכות קנים לכל העולם.

וליישב הנ"ל הנה מבואר בספרא בהר "לכם לאכלה ולא לאחרים". ומבואר שלא ניתנה שביעית לאכילת עכו"ם. וקשה מפשט לשון הירושלמי (שביעית ו, א) שבתחילת דברינו שמצות הפקר שביעית היא לכל וגם לנכרי? ובחזו"א (שביעית יד, ד) כתב לישב הדברים וז"ל "וי"ל דמצד הבעלים הוי הפקר גם לנכרים אבל מצד אביוני עמך אסור לנכרים וכמו עשיר שלקח פאה הוי גזל עניים". ובאור דבריו שדין הפקר שביעית מצד סילוק הבעלות הוא כלפי כוה"ע כולל נכרים אך מצד זכות הזכיה בפירות אין זכות לגוי לקחתם מאחר שאמרה תורה לכם לאכלה ולא לאחרים.

ובזה מישב הגרמ"ק בדרך אמונה (שביעית ד, כד בביה"ל) הסתירה הנ"ל בדברי הרמב"ם שמצד ההפקר בשמיטה צריך להפקיר לכל. רק שלנכרי אין היתר זכיה בפירות ולכן מעמידים שומרים בערי הספר למנוע מנכרים לבזוז פירות שביעית.<sup>8</sup>

ע"פ הביאור הנ"ל בגדר הפקר הפירות בשמיטה אפשר לישב נפלא קושי נוסף בדברי הרמב"ם. הנה פסק הרמב"ם (שמיטה ד, יב) שאתרוג שנכנס משישית לשביעית הרי הוא קדוש בקדושת שביעית שהולכים בתר לקיטה אך יש לעשרו אותו כפירות שישית. ובאר הכס"מ שהואיל ובגמ' בר"ה טו יש מחלוקת האם ללכת באתרוג בתר לקיטה או בתר חנטה פסק הרמב"ם מספק להחמיר בשניהם.

והקשו האחרונים איך אפשר לחייב האתרוג במעשרות הרי אם מחמירים ודנים אותו כפירות שביעית אז חייב הבעלים להפקירו וא"כ נפטר ממעשר מדי הפקר?

---

<sup>8</sup> ובדרך אמונה (בביה"ל הלכה ל) כתב לישב מה שהתירו להאכיל פירות שביעית לשכירו ולקיטו ולאכסניה משום שחשוב כבן ביתו שבה התיר התורת כהנים להאכיל לתושבך מן הנכרי. אך מצאתי (שמרן הרב זצ"ל בקונטרס אחרון סימן כ' ובחזו"א סימן יג אות כו שכתבו שאיסור להאכיל לנכרים הוא רק איסור דרבנן ולצורך אכסניא לא אסרו חכמים. וא"כ אפשר בזה גם ליישב הקושי הנ"ל שמעמידים שומרים מפני העכו"ם שלא יבזו פירות אע"פ שמדאורי' מופקר לכל. מאחר ומדרבנן אסרו להאכיל הפירות לנכרים תיקנו שיעמידו שומרים. וא"כ צ"ע למה נצרך הדרך אמונה לתירוץ שהאכסניה חשובים כבני ביתו. ומרן הרב זצ"ל (שם) מביא את התירוץ לחלק שאכסניא חשוב כבני ביתו ולכן התו"כ מתיר לתת להם שביעית ודוחה הדבר "שלא מסתבר כלל" להחשיב את האכסניא ואת השכירים כב"ב ובה ישתנה דינם לגבי קדושת שביעית. ולכך מבאר שהתו"כ היה צריך להתיר להאכיל פירות לאכסניא משום שהיה הו"א לאסור מדין תורה משום שחשוב סחורה ולכך לומדים משכיר שאין בזה איסור סחורה וכן ביאר המלבי"ם בתורה והמצוה.

ובחזו"א שביעית ז, יד כתב "ומיהו בששית הנכנס לשביעית אע"ג דאנו מחמירין כרבותנו דנוהג בו שביעית מ"מ חייב במעשר לדעת הר"מ, ולא פטרינן משום הפקר כיון שאין ההפקר אלא משום חומרא, ודיינינן ל"י כספק, ואע"ג שאין הוא רשאי לעכב על מי שבא לזכות דהוי ספק איסורא מ"מ אין אחר רשאי לזכות מספק וצ"ע".

ובמעדני ארץ סי' ה תמה הגרש"ז על דברי החזו"א איך שייך לחייב להפקיר במציאות שאף אחד לא יוכל לזכות בה. הרי כל אחד שירצה לזכות עובר על ספק איסור גזל ושוב לא חשוב כלל הפקר. ועוד מדוע יחשב גזל אם הבעלים מחויבים להפקיר מספק?

וליישב דברי הרמב"ם והחזו"א נראה שלעולם יש שם הפקר בשמיטה גם אם לכל העולם יש איסור לזכות מספק הואיל והבעלים סילק את רשותו מהפירות מספק חשוב הפקר. ומתחדש בדין אתרוג שהגדרת פעולת ההפקר גם בשמיטה אינה האפשרות של העולם לזכות אלא רק סילוק הרשות מצד הבעלים וזה חשוב הפקר כשמיטה. וכפי שנתבאר לעיל בגדר ההפקר לנכרים אף שלא מתירים להם לזכות בפירות.

ומה שממעטים הפקר לעניים זה מצד שהבעלים לא מפקיר הפקר גמור אלא מחליט מדעתו מי יוכל לזכות בפירות ובזה באמת לא חשוב הפקר. ולעולם אפשר שביחס לקטנים שיבואו לאכול הפירות לא יוכל הבעלים לסלקם שכן יש לו איסור לשמור פירותיו ולגבם חשובים הפירות כהפקר.

ואולי ניתן להביא הסבר מדוע הבינו הפוסקים את גדר ההפקר בשמיטה כסילוק רשות ולא כאפשרות זכיה לאחרים. שכן כפי שהבאנו בתחילת דברינו המקור ללימוד בית הלל שהפקר דומה לשמיטה נלמד מהייתור של המילה "ונטשתה". ולומדים ב"ה שיש נטישה אחרת שהיא כזו וזהו הפקר.

ומצינו בב"מ לח, ב "היורד לנכסי נטושים - מוציאין אותו מידו. ואלו הן: נכסי נטושים: הרי שהיה אביו או אחיו או אחד מן המורישין, הלכו להם למדינת הים ולא שמעו בהם שמת". ומבואר שהגמ' קוראת בלשון נטושים לממון שבעליו הסתלקו ממנו אף שלא נותנים ליורשים לרדת לנכסים שלא ידוע שהבעלים מתו. וא"כ מבואר שמשמעות המילה נטישה היא סילוק הבעלים אף אם אין מי שיכול לזכות בהם. ולפ"ז ארווח לן שגם הפקר שנלמד מהמילה ונטשתה עיקר הגדרתו בסילוק הבעלים מהממון אף במקום שאין אפשרות לאחרים לזכות בו.

ולפי דברינו אלו המפקיר לישראל ולא לעכו"ם לא דומה להפקר כשמיטה משום שבשמיטה ההפקר הוא לכל העולם אלא שהתורה (או רבן – לדעת החזו"א) אסרה על הנכרים לקחת הפירות. ולכך מובנים היטב דברי הרמב"ם בפירוש המשנה (שביעית ו,א) המובאים בראשית דברינו שכל דברי רבי יוחנן בירושלמי שהפקר לישראל חשוב הפקר זה רק בדעת בית שמאי שלא צריך הפקר כשמיטה. אך בדעת ב"ה לעולם צריך להיות הפקר לכל וכנ"ל.

### י. הפקרת בהמה בשבת

ע"פ ההבנה שנתבארה לעיל שגדר ההפקר כשמיטה אינו יכולת זכיה לכל העולם אלא רק סילוק הבעלות של הבעלים נבאר קושי נוסף.

באו"ח רמו, ג פוסק השו"ע שאדם שהשכיר בהמתו לגוי והגוי לא החזירה לו לפני שבת יפקרינה בינו לבין עצמו קודם השבת או שיקנה אותה לגוי בכדי שלא יעבור היהודי על איסור שביתת בהמתו בזה שהגוי עובד בבהמתו בשבת. והרמ"א מוסיף בשם הטור "ואם רוצה, יכול להפקירה לפני ג' בני אדם כדין שאר הפקר, ואפילו הכי אין שום אדם יכול לזכות בה דודאי אין כוונתו רק כדי להפקיע מעליו איסור שבת".

המג"א שם אות יא ביאר בשם הלבוש שמדברי הטור נראה שגם בשבת לא יכול אחר לזכות בבהמה ובכל זאת מועיל ההפקר שהפקיר בשביל שלא יעבור על איסור שביתת בהמתו. וא"כ מצאנו הפקר שאין אפשרות לזכות בו ובכל זאת חל ההפקר. וקשה במה חשוב הפקר אם אין מי שיכול לזכות בו?<sup>9</sup>

ובבכורות ג, ב מעשה ברב מרי בר רחל שהיה מקנה את אוזני בהמותיו לגוי בכדי שלא יוולד לו בכור שקדוש בקדושת בכורה. ולבסוף נענש רב מרי ומתו כל בהמותיו משום שהיה לו לחוש לתקלה שלא ידעו אנשים שהקנה אותם קנין גמור.

ובטו"א ר"ה יג הקשה מדוע רב מרי בר רחל לא הפקיר בהמתו וע"י כך היה נפטרת מבכורה הרי ממעטים בבכורות ב שרק בהמת ישראל חיבת בבכורה? ותירץ שמכאן מוכח שבהמת הפקר חיבת בבכורה.

<sup>9</sup> אחרונים רבים נתקשו בדברי המג"א איך מהני הפקר אם כלל אין אפשרות לזכות בו. ובערוה"ש כתב שדברים תמוהים הם ולכן ביאר שם שמפקיר הבהמה הפקר לזמן אלא שבשבת אי אפשר לזכות בה משום שהיא שרשות הגוי.

החת"ס יו"ד שטז מבאר שודאי בהמת הפקר פטורה מבכורה שכן מפורש בתוספתא בכורות פ"ב. ומה שרב מרי לא הפקיר בהמותיו בכדי לפוטרם מבכורה משום שהבהמות היו נשארות ברשותו ואף אחד לא היה יכול לזכות בעוברים ולכן לא חשוב הפקר. ומבאר שם שאע"פ שלענין הפקר בשבת מצאנו במג"א שמפקיר בהמה שביד הגוי אף שאי אפשר לאחר לזכות בה שם הדין שונה מאחר והבהמה ברשות הגוי חל ההפקר גם באופן שאין אפשרות לזכות בו. אך בממון שברשותו באמת לא מועיל ההפקר אם אין אדם אחר יכול לזכות בו.

ודבריו צריכים באור מה הסברא לחלק היכן החפץ נמצא אם אין אחר יכול לזכות בו והרי לא חשוב הפקר דלא דומה לשמיטה?

אך לפי סברת הגרש"ר הנ"ל שלעולם הפקר יכול להיות רק מצד סילוק הרשות של הבעלים ולא מצד יכולת הזכיה של העולם אפשר להבין דברי החת"ס. שכן בנדירים מב,ב מבואר שהנודר הנאה מחבירו אסור לו לקטוף מפירות שדהו בשביעית. והגמ' מקשה למה נאסר הרי "ארעא נמי אפקרה". ומבואר שהפקר השביעית אינו רק בפירות הארץ אלא גם הקרקע מופקרת לצורך קטיפת הפירות.

וא"כ ע"פ הנ"ל במקום שבו החפץ יוצא מרשותו של הבעלים באמת דומה לשמיטה ובזה חשוב סילוק הבעלות כהפקר אף אם אין אפשרות לזכות בהפקר בפועל. ורק אם מפקיר חפץ שברשותו צריך שתהיה למשהו בעולם אפשרות לזכות בו.

וא"כ מובנים דברי המג"א דמאחר שהבהמה נמצאת ביד הגוי כן רואים את ההפקרה כסילוק הבעלים למרות שאין מי שיכול לזכות בה בפועל.

שוב ראיתי שהדברים מבוארים בחת"ס (שם בתשו' שיז) שהקשה מדוע לא מצאנו תקנה להפקיר בהמה מבכרת כמו שמצאנו דין ביטול חמץ שמועיל בתורת הפקר? ותירץ ז"ל:

דע כי אינו דומה הפקר דחמץ להפקר דעלמא דאין הפקר אלא דומי דשמיטה והיינו שיוציא הבהמה מביתו או יפתח דלתי הדיר ויאמר כל הרוצה ליטול יבוא ויטול ויהי הפקר גמור ממש שיכול לשלוט בו ידי כל אדם ויעיי' ברייתא דמייתי רמב"ן פ' בהר כשהגיע שעת הביעור הי' מחויבים להוציא מבתיהם ולהניח ברחוב העיר יע"ש היטב ובהפקר כזה לא שייך הערמה אלא משאחז"ל בנדירים

בהמפקיר כרמו ומחר השכים ובצרו יע"ש אבל חמץ אין צריך הפקר  
 כזה כיון דאסור בהנאה ואינו ברשותו ורחמנא עשאו כאלו ברשותו  
 וכלפי זה הקיל קרא ואמר לא יראה לך פי' לא יהיה נראה בעיניך  
 כאלו הוא שלך והאי יראה דקרא דרשו כמו לבי ראה וכמו נראה לי  
 לא יהיה נראה בעיניך שהוא שלך וסגי אפי' הוא בתוך ביתו רק  
 שבלבו מבטלו באמת שאינו שלו ואלו יבוא אחד מן השוק לזכות בו  
 לא ימחה בידו כל זה במחשבת לבו באמת וזה סגי מן התורה ובזה  
 שייך ערמה כי מי ירד במעמקי לבו על כן אסרו חכמים אפי' במפקיר  
 ממש.

ולפי דברי החת"ס אפשר להבין יותר את פסיקת החזו"א הנ"ל, שמועיל  
 הפקר של האתרוג בשנת השמיטה למרות שמחמת הספק אסור לכולם לזכות  
 בו. שכן הבעלים לא משמר שדהו מחמת שמחויב מספק לאפשר לכולם לזכות  
 ממילא חשוב שהפירות יצאו מרשותו. ובזה חשוב הפקר כשמיטה אף  
 שלמעשה אסור לכל העולם לזכות בפירות מספק אסור גזל. והבעלים עצמו  
 יכול לשוב ולזכות בפירות כשיקטוף אותם ובזה מתחייב במעשרות וכנ"ל.

#### יא. הפקר בהמה המושכרת

בקצוה"ח (רנח,א) ביאר בשם הרשב"א (בגיטין עב ובתשו"י) שאין אדם יכול  
 להפקיר שדה אם משייר לעצמו את הזכות בפירות משום שלא חשוב הפקר  
 כשמיטה.<sup>10</sup> ושוב הביא פסק השו"ע (או"ח רמו ג) שאם לא החזיר הגוי את  
 הבהמה חייב הישראל להפקירה כדי שלא יעבור על שביתת בהמתו. ומקשה  
 מה יעשה הישראל שהשכיר בהמתו לשבוע לגוי הרי אינו יכול להפקיר  
 הבהמה שכן הפירות שיכים לגוי וזה כמפקיר הגוף ללא הפירות ולא דומה  
 לשמיטה!<sup>11</sup> וכתב לתרץ וז"ל: "ואפשר לחלק דהיכא דשייר פירי לעצמו הוא

<sup>10</sup> שיטת הרשב"א מובנת לשני הצדדים בחקירה מהו הפקר. שכן בזמן שהבעלים משייר  
 לעצמו הפירות לא חשוב הפקר כשמיטה לא מצד הסתלקות הבעלים שכן לא הסתלק  
 מזכות הפירות שבבעלותו ולא מצד היתר הזכיה לעולם שכן לא מאפשר להם לזכות  
 בפירות מעכשיו.

<sup>11</sup> בשו"ת רע"א סי' קמה מביא כסברת קצוה"ח שלא שייך להפקיר רק הגוף ולא הפירות  
 משום שלא דומה להפקר כשמיטה. וכתב להקשות "לעני"ד קשה להמציא דבר חדש  
 כזה, דבפשוטו מסתבר בודאי כל מה שיכול למכור וליתן יכול להפקיר, אלא דמה  
 שמפקיר בעי שיהיו כל אדם שוים בו, וקטן וגדול שם הוא, דבלא"ה לא הוי הפקר,  
 אבל שיהא צריך להפקיר בסילוק זכותו יותר ממה דסגי במכירה ובמתנה מנין לנו,  
 וכבר מצינו הפקר כזה בנותן נכסיו לגר מהיום ולאח"י ומת הגר בחיי נותן, דודאי כל  
 מה שהי' לגר נעשה הפקר במיתתו, והזוכה בנכסים ההמה זוכה בגופן מהיום

דלא מצי מפקירו, אבל השכירו מתחלה יוכל להפקירו בימי משך השכירות כיון דאין השכירות לעצמו אלא לשואל או לשוכר ואכתי צ"ע בזה. אמנם בטור או"ח שם בסימן רמ"ו כתב בשם הסמ"ק (סי' רפ"ב) להשכיר בהבלעה ולהפקיר, ובשם הרב פרץ (בהגהות סמ"ק שם אות א') להפקיר ליום השבת ע"ש. והא בשכירות הפירות לעכו"ם, וע"ש ב"י שכתב דביום השבת שום אדם לא יזכה כיון דרשות עכו"ם עלה או בשאלה או בשכירות ע"ש, ומוכח מזה דשאלה או שכירות יכול להפקיר".

ולפי הנ"ל בדברי החת"ס החילוק של הקצות ברור מאליו שכן במקום שאין הבהמה ברשותו של ישראל יכול להפקיר את הגוף שכן מסתלק לגמרי מהחפץ וחשוב הפקר כשמיטה. אך בזמן שהבהמה נשאת ברשותו לא הסתלק לגמרי מהחפץ ובה לא חשוב הפקר וכדברי החת"ס הנ"ל.

### **יב. הפקר במחשבה – סילוק הרשות**

ות"ל מצאתי בכתבים דברים ששמעתי ממו"ר הגר"מ דימנטמן שליט"א שיכולים להוות סמך למה שנתחדש לעיל.

התוס' בפסחים (ד, ב ד"ה בדאוריתא) ביארו שביטול חמץ הוא מדין הפקר. הר"ן בתחילת פסחים הקשה על שיטת התוס' שאי אפשר לבאר שביטול מדין הפקר שכן מבואר בגמ' בדף ז' ובמשנה בדף מט שאפשר לבטל חמץ בליבו ואם ביטול מדין הפקר איך מהני בליבו והרי דברים שבלב לא הוי דברים? והר"ן עונה שמה שמועיל ביטול בלב הוא מאחר שהכתוב עשאו לחמץ כאינו ברשותו של האדם ולזה מספיק ביטול בלב.

ובפמ"ג (א"א תלא ס"ק ב) מבאר דברי הר"ן שבכך שהחמץ הולך להיות אסור בהנאה מועיל ההפקר גם בלב דלא חשוב ממון גמור. ומחדש שאם אדם אסר עליו הממון בהנאה ובליבו הפקירו לא יכול להוציא מאחר שיזכה בממון דמאחר שאסור לו להנות מועיל הפקר גם בלב.

ויש להבין מה מועיל זה שהממון נאסר לענין שתועיל מחשבה לבד כהפקר?

---

ופירותיהם לאח"מ הנותן, ובחיי הנותן הקרקעות הפקר, ומשועבדים להנותן לפירות, ודוחק לחלק בין הפקר דממילא לבין הפקר במעשה הפקר".

ולפי מה שנתבאר ע"פ דברי החת"ס הכל מודים שבציור שצייר רע"א, שהגר מת והפירות שייכים לאדם אחר גוף החפץ מופקר שכן הגר נסתלק מכל בעלותו וחשוב הפקר כשמיטה (או יש חילוק בין הפקר מדעת שנלמד משיטה לבין הפקר דממילא בגר שמת) אך במקום שישיר לעצמו הפירות לא חשוב סילוק לגמרי ולא מועיל ההפקר. וכנ"ל.

והביא מו"ר את דברי הגרש"ר בפסחים ב,א שהקשה מדוע הגמ' בפסחים ו,ב מביאה ראיה שלא צריך לבער פירורים מדין סופי תאנים שחשובים הפקר? והרי יתכן שביעור חמץ מצריך הפקר בפה כדי להוציא מרשותו שהרי דברים שבלב אינם דברים ומה הדמיון בין חמץ לסופי תאנים?

וכתב שם וז"ל: "ונראה דחלוק דין הפקר משאר קניינים, דבכל הקניינים האדם הוא העושה את חלות ההקנאה, משא"כ בהפקר דאינו יכול להפקיע את קניינו, אלא דילפינן מקרא דוהשביעית תשמטנה ונטשתה דיש לך נטישה אחרת כמותה, דכל שהוא מפקיר את נכסיו אמרה התורה דיהיו נכסיו הפקר, [וצריך לזה דיבור ודברים שבלב אינם כלום, וכמוש"נ לעיל]. ונמצא דחלות ההפקר הוי מידי דממילא דע"י הנטישה דידיה שאומר שיהיו הפקר חייל ההפקר".

וע"פ מה שמחלק שבהפקר החלות חלה ממילא מבאר שם שבמקום שכל העולם לא משמר את החפץ חשוב כאינו ברשותו ובוזה יועיל אף הפקר בלב שכן ברור שלא משמרו. וזה מה שמבאר בדין סופי תאנים שכאשר הדבר אינו משתמר חשוב כיצא מרשותו והתורה מחילה את חלות ההפקר לכל העולם. עוד מבאר שיטת הר"ן פסחים ז שלא מועיל למנות שליח להפקיר. וקשה במה שונה הפקר מכל הקניינים שמועיל מינוי שליחות לעשות את הקניין?

אך לפי הנ"ל מתבאר שאת ההפקר לא האדם פועל אלא התורה מפקירה הממון בכך דהבעלים נוטשים את הממון ולזה צריך דוקא פעולת הבעלים ולא מועילה פעולת השליח. עיי"ש בדבריו.<sup>12</sup>

וביאר מו"ר שליט"א דבריו שבהפקר אין נתינת זכות לעולם כמו בקניינים אלא רק סילוק הבעלות של המ"ק וזה הגדר של "עזיבה ונטישה". ובוזה מובן מדוע בחמץ שהולך להיות אסור בהנאה ואין אנשים משמרים אותו חשוב הפקר אף במחשבה שכן הבעלים מסתלקים. ובוזה מתבאר יותר הנ"ל בדברי

<sup>12</sup> ושם סיים הדברים בקושיא למה לא מועיל ביטול אחר שש שעות וז"ל: "ועדיין קשה לפי"ז, דא"כ אמאי לא מהני ביטול לאחר שש, דכיון דהוי חלות דין דממילא מה איכפת לן במה דאינו ברשותו, דלכאורה בסופי תאנים גם אם אינם ברשותו יהיו נעשים הפקר כיון דא"צ לעשיה דידיה". ולולי שנשאר בצ"ע היה אפשר לבאר שהואיל וחמץ אחר שש שעות אע"פ שאינו ברשותו של אדם בכ"ז עשאו הכתוב כאילו הוא ברשותו וא"כ חשוב כל הזמן ברשות הבעלים. ובדבר שברשותו של האדם ביאר החת"ס שלא מועיל סילוק הבעלות. ולכך לא מועיל ביטול אף אם חלות ההפקר חלה ממילא ועדיין צ"ע.

החת"ס שבחפץ שאינו ברשות הבעלים בפועל נעשה סילוק הבעלות אף כשאין לאחרים יכולת לזכות וכמו בדין חמץ.

### **יג. סיכום**

במאמר זה הצגנו שיטת הפוסקים ובהם הנו"ב, שער משפט והמקנה שיש אפשרות להפקיר חפץ אף שבפועל רק אדם אחד יכול לזכות בו.

האחרונים הקשו על פסק זה מכך שלב"ה לומדים את כל דין הפקר ממון משמיטה. ושמיטה מותרת בזכיה לכל ואיך יחשב הפקר מה שאי אפשר לכל העולם לזכות בו?

ביסוד דברינו הבאנו את חקירת הגרש"ר האם הפקר הוא סילוק בעלות המ"ק או שהוא בעיקור נתינת זכות לעולם לזכות בחפץ.

וע"פ הבאור שעיקור של ההפקר היא הסתלקות המ"ק אפשר לבאר את קושיית האחרונים הנ"ל. עוד בארנו ע"פ יסוד זה את פסקי הרמב"ם בהלכות שמיטה שעיקר דין הפקר בשמיטה הוא סילוק הבעלים מזכותו בחפץ ולא האפשרות של כל העולם לזכות בו. ובזה מתבאר פסק הרמב"ם שמחד צריך להיות הפקר לכל ומאידך שאפשר למנוע גוים מלקחת מפירות השמיטה. וכן מבואר פירושו למשנה שרק לבית שמאי מועיל הפקר לישראל ולא לעכו"ם.

עוד בארנו בהסבר זה דברי החת"ס שכאשר אדם מפקיר חפץ ואין לאחרים אפשרות לזכות בו תלוי הדבר אם החפץ נמצא ברשותו או לא. שרק אם החפץ לא נמצא ברשותו חשוב כהסתלקות המ"ק אף אם אין לאחרים אפשרות לזכות. ובזה מבוארים גם דברי הקצות החושן בס' רנח.

לסיום הבאנו את דברי מו"ר שליט"א בבאור דין ביטול חמץ שגם הוא בנוי על סילוק הבעלים מהחפץ וחלות הפקר שהתורה מחילה אחר שהבעלים נסתלק.

**הרב אריאל בראלי**  
ראש מכון משפט לעם ורב הישוב בית אל

## **פסק דין ביטול חתונה עקב קורונה<sup>1</sup>**

התובע: בעלי השמחה

הנתבע: בעל האולם

### **עובדות מוסכמות**

נחתם הסכם בין הצדדים על קיום חתונה בתאריך כ"ב אדר תש"פ, 18/3/20, התובעים נתנו צ'קים על סך 87750 ₪ ומתוכם נפדו 46300 ₪.

בתאריך י"ט אדר תש"פ 14/3/20 במוצאי שבת, ארבעה ימים לפני האירוע הודיע הנתבע שעל פי ההנחיות אין לקיים אירועים עד להודעה חדשה. למחרת התובעים ערכו את החתונה בעצמם בשטח פתוח במקום אחר. התביעה היא על סך 46300 ₪

### **טענות התובעים**

הכסף ששולם היה עבור אירוע שלא התקיים ועל כן יש להחזירו במושלם. ואף שידוע לנו כי ישנה התייחסות בפוסקים לכך שמקדמה ששולמה לא מחזירים אותה, כאן המקרה שונה היות ומדובר על מכת מדינה.

להבנתנו לא נגרמו הפסדים לנתבע עקב ביטול האירוע שכן לא מסתבר שבשלו ארבעה ימים קודם האירוע, ואף לא להפשיר את הבשרים ארבעה ימים לפני האירוע.

השכירות והארנונה אמורים להיות מכוסים על ידי מענקים של המדינה והעובדים יוצאים לחל"ת. הצעת הפשרה שהועלתה לתת זיכוי על חלק מהסכום (למעט 20000 ₪ הפסדים) אינה מקובלת עלינו.

---

<sup>1</sup> בית הדין לממונות מטה בנימין. שמות בעלי הדין – שונו. פסקי הדין ניתנו ע"י הרכבים של שלשה דיינים.

## טענות הנתבע

ישנו סעיף מפורש בחוזה העוסק בכוח עליון ושם נאמר ששומרים את הזיכוי הכספי לתאריך אחר. בכל מקרה כרגע אין לנו אפשרות לשלם ויש לקחת בחשבון כי רבים מגני האירועים נסגרו לגמרי.

לגבי הטענה שאנו לא מפסידיים - מדינת ישראל לא הסכימה לקחת על גבה את ההפסדים שנגרמו ללקוחות וזאת למרות פעילות נמרצת שלנו בכנסת. המענקים שכן משולמים אינם רלוונטיים לנו כי החברה הקודמת [המפעילה את האולם] נסגרה ולחברה הנוכחית אין מספיק וותק. כמו כן הפחתת תשלום השכירות נכנסה לתוקף רק בקיץ. על כן יש לנו הוצאות של לפחות עשרים אלף ₪, כולל הפשרת בשרים ואוכל שהוזמן ולא היה ניתן להחזיר אותו לספקים עקב מגבלות הקורונה. כמו כן היו הוצאות של שכירות וארנונה ואחזקת גן האירועים ושמירה וכן הוצאות משרדיות לתיאום האירוע. התקיים יום טעימות אשר היה מיועד רק למי ששילם מקדמה ולא למי שרוצה להשתכנע לעשות אירוע, ובו אנו משקיעים הרבה כסף כי מוציאים את כול האפשרויות של התפריט וכן יש לפנות ערב פנוי ללא הכנסות, מדובר על 2000 ₪ לכל משתתף.

## בירור הדין

### א. מעמדה ההלכתי של מקדמה כספית

יש לברר האם היה קניין אשר נתן תוקף מחייב להסכמה שבין הצדדים או שמדובר רק על סיכום.

הכרעת בית הדין היא שיש לראות את כספי המקדמה כקניין כסף מחייב. מקדמה ששולמה מהווה תשלום על שכירות השירותים של גן האירועים ולא דמי רצינות (סכום המקדמה הגבוה 46300 ₪ משקף זאת). משמעות הדברים שבעת החתימה על ההסכם כבר שכרו התובעים את הגן ושירותיו ולכל הפחות נוצרה התחייבות הדדית בין הצדדים.<sup>2</sup>

לאור זאת שלהסכם ישנו תוקף מחייב, יש לבחון את משמעות סעיף 15 -

---

<sup>2</sup> חזו"א חו"מ ליקוטים טז, יא, הביא מהשטמ"ק בשם הרא"ש, "אם גמרו המקח ונתן הלוך מקצת דמים סתמא [או בלשון דמי קדימה], סתמו הוא להתחלת הפרעון והוא קנין. עכ"ד.

"במקרה והצדדים נאלצים לבטל את האירוע בשל כוח עליון המונע את קיום האירוע במועדו, יידחה האירוע למועד חדש ומוסכם על שני הצדדים".

סעיף זה משמר את ההסכם כפי שהוא במקרה של כח עליון, מזמין האירוע פטור מתשלום על הוצאות שנגרמו לבעל האולם ומנגד בעל האולם אינו צריך להחזיר את המקדמה כתוצאה מביטול האירוע אלא צריך להפיק אירוע חליפי.

לדעת בית הדין מגפת הקורונה היא כוח עליון ועל כן היא נכללת בסעיף זה ועל כן המקדמה לא תחזור לתובעים והם יכולים לממש את הזיכוי 46300 ש.ש.<sup>3</sup>

אולם למעשה בית הדין סובר כי יש לסייג את סעיף 15. מסתבר שלא הייתה דעת הצדדים לדחות את החתונה עד לזמן בלתי ידוע. חתונה היא אירוע משמעותי שמשתדלים ככל שניתן לקיימו במועדו ועל כן במצב שנוצר שבו האירוע תלוי בהתמודדות עם נגיף הקורונה על פי החלטת משרד הבריאות אין זה סביר לדחות חתונה לזמן שאינו ידוע.

לאור זאת בית הדין מחליט להעמיד את סעיף זה לבחירה של התובעים האם ירצו לממש את הזיכוי על כל כספם עד לחגים בשנת תשפ"ב, הנתבע הסכים שהמיוש יהיה גם באירוע של אדם אחר. במידה והתובעים יחליטו שאינם חפצים באופציה זו בית הדין מציע אפשרות אחרת.

## **ב. מכת מדינה**

מגפת הקורונה פגעה בכלל המשק ועל כן היא מכת מדינה. הרמ"א בחושן משפט סימן שי"ב סי"ז כתב כי במכת מדינה יש להחזיר את כל הכסף כולל המקדמה (בשונה ממה שכתב הש"ך סימן שלד סו"ס סק"ב בשם תוספות, שלא מחזירים מקדמה במקרה של אונס. כן כתבו תוס' ב"מ עט ע"ב לגבי יין זה וספינה זו שאם נתן לא יטול, על דעת כן נתן את הכסף שישאר בידי המשכיר אף אם לא יוכל לקיים את השכירות. כאמור, התוספות עסקו באונס ולא במכת מדינה).<sup>4</sup>

<sup>3</sup> ואף שאדם שמקבל על עצמו אחריות על אונס, אין זה כולל דבר שאינו שכיח (חושן משפט סימן רכ"ה [ג-ד]) עם כל זאת אין הדבר דומה. שם מדובר על תנאי המחייב את אחד הצדדים וכל עוד שלא התייחס גם למקרים לא שכיחים יש לומר שלא עלה על דעתו ופטור. כאן הסעיף משמר את המצב בין שני הצדדים ואינו מוציא ממון ועל כן יש לפרש בצורה רחבה יותר את המושג כוח עליון.

<sup>4</sup> במקרה של אונס יש מחלוקת - אם שכר דירה וקרה אונס לשוכר באמצע הזמן כגון שמת, נחלקו הראשונים, הובא ברמ"א סימן שלד' ס"א, ויש מחייבים משום שכירות קניא.

והנה למרות שעל פי הדין במכת מדינה יש להחזיר את כל הכסף ששולם, בעניינו המצב שונה והנתבע יכול לעכב אצלו את הכסף השקול להפסדים שנגרמו לו, הן מצד ההסכם שנכרת בין הצדדים והן מצד חיוב גרמי<sup>5</sup> (חושן משפט של"ג, ח) ובצירוף דעת המחנה אפרים (שכירות סימן ז) שגם במכת מדינה לא מחזיר את המקדמה.

זמן הביטול היה לאחר שכבר החלו בהכנות לקראת האירוע, הגיעו מוצרים והיה אדם אשר עמל על הפקת האירוע (העובדה שבעל האולם התחיל לעבוד עבור האירוע עולה גם מהחומרים שנשלחו על ידי התובעים לבית הדין. בין השאר צורפה הצהרה של משגיח מטעמם שהגיע בשבוע שקדם למועד המתוכנן, ובדק אלו מוצרים יש במלאי של האולם ואלו מוצרים יש להזמין).

בית הדין מעריך כי ההוצאות הנלוות שהיו לבעל האולם סביב האירוע הם 18000 ₪ ואותם הנתבע זכאי לעכב אצלו.<sup>6</sup>

## החלטה

1. התובעים יודיעו בתוך שבוע מקבלת פסק הדין האם הם בוחרים באפשרות של קבלת זיכוי מלא 46300 ₪ למימוש עד החגים תשפ"ב.

2. במידה והתובעים לא יממשו את סעיף א הרי הנתבע חייב לשלם 28300 ₪ לתובעים. והנתבע יציג בתוך עשרה ימים בפני בית הדין את פריסת התשלומים האפשריים מבחינתו ובית הדין יקבל החלטה על פריסת התשלומים.

## על החתום:

הרב אחיקם הלוי, הרב אריאל בראלי (אב"ד), הרב דניאל לונצר

---

<sup>5</sup> אע"פ שלדעת השי"ך (שפו ס"ק ו) זהו קנס מדברי חכמים ולא קנסו באונס בכל אופן כאן בזמן שהנתבעים קנו סחורה ועשו הכנות לאירוע עדיין האונס לא היה ידוע.

<sup>6</sup> הערכת הסכום הינה על דרך הפשרה משום שהדבר אינו יכול להתברר במדויק והנתבע מוחזק בכסף. עיין בספר איילת השחר ב"מ עט שם כתב שכשיש התחייבות הדדית אז ישנו חוב לשלם את כל ההוצאות שהשקיע אחד מהצדדים על אף שלא נהנה מהם.

## פסק דין על מאחז הסמוך ליישוב

התובע עבר להתגורר ביישוב ונדרש ממנו לשלם 15000 ₪ דמי כניסה.

### טענות התובע

התובע טוען שלא הסכים לשלם סכום זה כי הוא התגורר במאחז שהינו חלק חלק מהיישוב ועל כן אין הצדקה שישלם דמי כניסה. לבסוף הוא נאלץ לשלם מכיוון שהיישוב לא הסכים לחתום על מסמך 'בר רשותי' וזה עיכב לו את הקנייה של הבית ולכן שילם, ועל כן תובע בחזרה את דמי הכניסה על סך 15000 ₪.

התובע טוען שהחלטה לא חלה על משפחות שבאות ליישוב מכיוון שהמאחז נחשב לאותו יישוב וזה אותו אגודה שיתופית וכולם חברי אותה אגודה. התובע טוען שהמאחז למרות שיש לו התנהלות יישובית נפרדת הוא מכוחו של יישוב האב.

### טענות הנתבע

התובע רוצה החזר על 15000 ₪ ששילם אבל הוא גר במאחז אשר מתנהל בפני עצמו ואין לו מעמד של תושב ביישוב. לכן כאשר הוא עבר לגור ביישוב נדרשו לעבור ועדת קליטה ולשלם את דמי הכניסה המוטלים על כול תושב חדש. ההחלטה לתשלום 'דמי כניסה' התקבלה בתאריך 14.4.15 לפני שהתובע עבר את ועדת קליטה ליישוב. על כן התובע ידע על החלטה זו לתשלום 'דמי כניסה' בסך 15000 ₪ עוד לפני שהגיעו לוועדת קליטה ביישוב.

הנתבע ציין בפני בי"ד שיש עוד משפחות שעברו ממאחז ליישוב ושילמו.

הנתבע ציין שהחלטת החברים התקבלה ביום 14.4.2015 כמו כן יש החלטה נוספת שמחזקת את ההחלטה מיום 21.7.2015.

באסיפת חברים קיימו דיון על חברי מאחז שעוברים והחליטו להמשיך את ההחלטה הקודמת לגבי 'דמי כניסה' והיא חלה גם על תושבי מאחז שעוברים ליישוב והם ישלמו כמו כל מי שנכנס ל ממקום אחר.

## בירור הדין

בי"ד נדרש לשאלה מה מהות הקשרים הממוניים והחברתיים בין מאחז ליישוב – בי"ד מתרשם כי תושבי המאחז מבקשים לעצמם הגדרה עצמית וגם מצד התנהלות תושבי המקום יש אבחנה בין תושבי מאחז לתושבי יישוב. ואע"פ שמאחז הוא סמוך ליישוב ותושבי מאחז הם חברי אותה אגודה שיתופית בכל אופן הם מתנהלים בפני עצמם, זאת לאחר שהתברר לבי"ד על פי גורמי מועצה את הדברים הבאים:

1. המועצה מעבירה כספים ייעודיים למאחז והיישוב הוא רק 'צינור' להעברת הכסף.
2. למאחז יש מזכירות בפני עצמה.
3. תושבי המאחז משלמים מיסים לעצמם (המיסים יותר נמוכים ממה שמשלמים תושבי היישוב), אופן הגביה מתבצעת למזכירות היישוב וזה עובר דרך קופה סגורה למאחז.
4. שכירות החוזה של הקרוונים היא מול מאחז בלבד.
5. למאחז יש רכזת קהילה נפרדת, ספריה וספרנית שלהם.
6. למאחז יש ועדת קליטה נפרדת ומי שהתקבל לשם מחויב לעבור ועדת קבלה אחרת על מנת להתקבל ליישוב.

לאור כל זאת בי"ד מבין את ההיגיון בהחלטה ש'דמי הכניסה' ישולמו גם מתושבי המאחז אשר עוברים ליישוב האב.

## החלטה

בי"ד דוחה את טענת התובע ופוטר לאלתר את הנתבע מלשלם 15000 ₪.

הרב דניאל לונצר, דיין הרב אריאל בראלי אב"ד הרב אחיקם הלוי, דיין

## פסק דין שיפוץ דירה

### א. עובדות מוסכמות

בתאריך 10/8 נחתם חוזה בין שני הצדדים על שיפוץ הדירה על סך 455000 ₪ + מע"מ.

העבודה החלה ב-18/8/19 והסתיימה לאחר חמישה חודשים 15/1/20.

במהלך העבודה (לאחר חתימת החוזה) ולבקשת הנתבע- שונתה תוכנית העבודה, והוצגה תוכנית חדשה אשר נכתבה על ידי אדריכלית.

התוכנית החדשה יקרה יותר אך לא תומחרה ובין הצדדים הוסכם שאדם שלישי בשם הנתבע שמלווה את הבניה שהוא מקובל על התובע וכן הוא ידד של הקבלן, ייקבע את המחיר.

השיפוץ הסתיים לפי התוכנית החדשה שהוצגה. הקבלן קיבל את כל הסכום הראשוני דהיינו 455000 ₪ ועוד ארבעים אלף ₪ על חשבון התוכנית החדשה.

הוויכוח בין הצדדים הוא על התמחור של התוכנית החדשה כאשר התובע מבקש 180000 ₪ (לאחר ניכוי של 40000 ₪ שכבר קיבל) והנתבע טוען שהמחיר מופקע והביא חוות דעת מפורטות שגם איכות העבודה ירודה וגם התמחור אינו נכון ולטענתו הוא אינו חייב לשלם סכום זה.

### ב. טענות התובע

אני מציג בפני בית הדין טבלה מפורטת של תמחור השינויים, את זה הכנתי עם הנתבע ביחד ולכן זה מחייב, הגעתי לסכום של מאה ושמונים אלף ₪.

כמו כן מצורפות תמונות המאוששות שאת מה שנדרש עשיתי.

בסוף השיפוץ הייתי בבית חולים וממיטת חוליי דאגתי לכך שהשיפוץ יסתיים, שיהוי הזמן היה בגלל השינויים, אני מוכן לתקן אם יש ליקויים או נזילות הקשורות לעבודה, כולל הדלת שיש עליה אחריות. רוצה לציין שהוספתי דברים שלא סוכמו מראש ולא תמחרתי אותם רק מתוך חברות טובה עם הנתבע, גם הקיזוז על עבודות שהיו בחוזה הראשוני ולא נעשו - הכול כלול במחירים שקבעתי עם הנתבע וגם זה לאחר שהוא הוריד לי הרבה ממה שעשיתי. לסיכום אני מגיש את כל הטבלה עם התוספות והתמחור ודורש 180000 ₪ על עבודה שביצעתי ואין על כך חולק.

### **ג. טענות הנתבע**

לדעתי אין שום הצדקה להוסיף תשלום, החל מכך שזמן העבודה התארך כי הקבלן לא היה נוכח במקום והיו שבועות שלמים ללא עבודה. באותו זמן נאלצתי לשלם שכר דירה על יחידת דיור קטנה בתנאים של צפיפות כאשר אשתי בסוף הריון ובמקום חודשיים הגענו לחמישה חודשים.

כמו כן איכות הבניה לא מתקרבת לסכום שאותו דורש הקבלן, העבודה ירודה החומרים לא איכותיים וחצר גימור של כל מיני דברים כולל נזילה שיש מהדלת למעלה והיציאה לגינה בעייתית.

הבאתי איש מקצוע שמבין באלומיניום והוא ראה את מה שיש בבית וטען שלא יכול להיות שהסכום הנדרש הוא כל כך גבוה. ברור שיש פה הפרזות כולל זה שהעובי של פרופיל 7000 לא קיים.

הבאתי חשמלאי שספר את כל הנקודות שיש בבית והגיע ל177 ולא 220 נקודות כמו שתובע הצהיר. מצורף מסמך שלו הכולל גם התראה על כך שיש בעיה בלוח חשמל וחברת חשמל לא הייתה מאשרת זאת. ישבתי הרבה זמן על התמחור שהגיש הקבלן והשוויתי אותם למחירון דקל ובכל סעיף יש פערים גדולים שאינם מובנים והצגתי אותם בפניכם בטבלה מסודרת. כמו כן ניכר שתובע לא קיזז את העבודה שנחסכה ממנו בחוזה הישן, דהיינו הוא כבר גבה את כל המחיר של 455000 ₪ ועל כך הוסיף את מה שעשה למרות שנחסכו ממנו הוצאות רבות.

למשל הוא היה אמור לחייט את כל נקודות החשמל ובמקום זה הוא עשה נקודות חדשות וחייב עליהם מחיר מלא- 350 ₪ כאשר היה צריך להפחית מכל נקודה כשני שלישי שנחסך ממנו לחדש אותה עם חוטים חדשים.

אני מצרף לבית הדין תשובה לכל סעיף שכתב התובע בטבלה שהוגשה לכם וכן רשימה של דברים שבכלל לא בוצעו.

### **ד. עדות מפקח הבניה**

לוויתי את השיפוץ מתוך רצון טוב, ואכן שני הצדדים סמכו עלי בכול וכן שהתמחור יהיה הוגן. התובע הציג בפני את הרשימה עם כל התוספות על סך 180000 ₪ (מעבר לארבעים אלף ששלומו) אני לא הסכמתי אתו ואמרתי כי די בסכום 120000 ₪.

כמו כן בתקופה שהתובע היה מאושפז אני סייעתי לסיים את העבודה והבאתי בעצמי עובדים.

## ה. בירור הדין

### 1. איכות הבניה

לצדדים הוצעה פשרה אשר לא התקבלה.

על פי מה שהתברר בפני בית הדין השיפוץ אכן נעשה והסתיים בהתאם לתוכנית של האדריכלית, הוויכוח הוא על איכות הבניה ועל התמחור.

לגבי איכות הבניה בית הדין מתרשם שהעבודה נעשתה ברמה סבירה.

בית הדין נותן אפשרות נוספת לנתבע להציג בפניו בתוך זמן קצוב ראיות על שינוי איכותי מהמפרט של החוזה.

### 2. תמחור התוכנית החדשה

עיקר הוויכוח נסוב סביב התמחור של התוכנית החדשה משום שיש בה מורכבות – קיזוז עבודות שהיו בתוכנית הישנה ולא נדרשו בתוכנית הישנה ובנוסף הנתבע טוען התמחור גבוה ביחס למקובל. טענה נוספת יש ביחס לכתב כמויות שהקבלן הציג בעיקר ביחס לנקודות החשמל כאשר חוייבו 220 נקודות ובפועל ישנם רק 177 נקודות.

בית הדין אכן התרשם שהקבלן לא קיזוז במדויק את העבודות שנחסכו ממנו והמחירים שנקובים מקבילים למחיר של עבודה חדשה.

מצב זה מוביל את בית הדין לקושי מציאותי להגיע לתמחור מדויק היות והקשרים החברתיים בין הקבלן למפקח כללו גם דברים שהקבלן הוסיף בלא שכר.

על כן אנו מאמצים את כוח הפשרה כפי שחתמו הצדדים בשטר הבוררות וכן נסמכים על דברי בית יוסף (חושן משפט סימן יב אות ו) :

"כתב הרא"ש בתשובות כלל ק"ז סימן ו' שניתן לדיין כח לעשות דין כעין פשרה בפרק המפקיד (בבא מציעא מב:) ההוא אפטרופא דיתמי דזבן תורא ומסריה לבקרא וכו' וכתב אין כח ורשות להוציא הדין חלוק מתחת ידו שצריך לגמור ולהשלים הדין כדי להטיל שלום בעולם ולכך נתנו חכמים רשות לדיין לפסוק

לפי ראות עיניו במקום שאין הדבר יכול להתברר בראיות ובעדויות פעמים באומד הדעת ופעמים כמו שיראה הדיין בלא טעם ובלא ראיה ובלא אומד הדעת היינו שודא לפירוש התוספות (קידושין עד. ב"ב לה. ד"ה שודא) ופעמים על דרך פשרה."

וכן פסק בשלחן ערוך שם (סעיף ה):

"יש כח לדיין לעשות דין כעין הפשרה, במקום שאין הדבר יכול להתברר. ואינו רשאי להוציא הדין חלוק מתחת ידו בלי גמר." וכ"כ הסמ"ע (שם ס"ק יב) שמדובר בפשרה כפויה.

לאור זאת, בית הדין מקבל את התמחור שהזכיר הנתבע 120,000 ₪ כמגלם את העבודה שנעשתה ואת המחיר הראוי לאחר התקזזות על העבודה שנחסה מהקבלן.

כאמור, ההפחתה של 60,000 ₪ מגלמת את טענות הנתבע לכך שדרושה התקזזות וכן לכך שישנו פער בין התמחור שהגיש הקבלן לבין מחירון דקל.

יש להוסיף כי שני הצדדים סמכו על התמחור הסופי של הנתבע ובמצב זה הנתבע התחייב מראש לשלם כפי מה שהוא יקבע, וביחס לכך הבדיקה העכשווית של המחיר הרצוי אינה רלוונטית. ועל כן הנתבע אינו יכול לטעון שהתמחור אינו הוגן וכפי שפירשו התוספות את החובה של אדם לשלם "כפי מה שיאמר אבא" מטעם שחלה כבר תחייבות אף ללא מעשה קניין (ב"מ עד, א, בד"ה הכא).

### **3. עבודות שלא בוצעו**

כחלק מהפשרה החליט בית הדין להתחשב בטענות של הנתבע ביחס לדברים שלא התבצעו בפועל וכנראה המפקחלא ידע עליהם ולכן להפחית 20000 ₪.

כל התשלום מותנה בתיקון הליקויים הקיימים בבית, בתנאי שהנתבע משתף פעולה ומאפשר זאת. בית הדין קוצב שלושים יום לקבלן לתקן זאת ולדווח על כך לבית הדין וכן להמציא לבית הדין אישור חדש מחשמלאי שביקר בדירה ואישר את תקינות החשמל.

### **4. החלטה**

א. הנתבע חייב לשלם לתובע 100000 ₪ לאחר אישור תיקון הליקויים על ידי בית הדין.

ב. הנתבע רשאי להמציא ליד בית הדין בתוך עשרה ימים ראייה לעבודה פגומה ביחס למה שצוין בחוזה (לא כמות אלא איכות).

**על החתום:**

הרב יצחק פנירי, דיין, הרב אריאל בראלי (אב"ד), הרב דניאל לונצר, דיין

## פסק דין עיכוב שיפוץ

### עובדות מוסכמות

התובעים פנו לנתבע לערוך שיפוץ בביתם לאחר שחברת הביטוח אישרה את הכיסוי הכספי לכך. הנתבע הגיש הצעת מחיר על סך 28157 ₪ אשר הייתה זולה והתקבלה על ידי חברת הביטוח.

הוא החל בעבודה ללא כתיבת חוזה מעבר להצעת המחיר וחלק מהדברים נשארו ללא בירור מדויק. יש לציין שהתובעים לא התחקו אחר איכות העבודה של נתבע והאווירה הייתה של אמון הדדי.

במשך הזמן התברר שהנתבע לא מצליח לסיים את העבודה בזמן סביר והיא התמשכה הרבה מעבר למצופה. התובעים התרו בנתבע שאם בתוך חודש ימים הוא לא יסיים את העבודה הם יפנו לגורם אחר, ומאידיך הציעו לו ללון בביתם ואף להוסיף אלף שקלים אם הוא יסיים את העבודה. למעשה העבודה לא הושלמה ועל כן התובעים דורשים פיצוי על כך ועל נזקים נוספים שנגרמו להם במשך העבודה. התובעים שלמו לו ₪ 15000 ותובעים 30270 ₪ שזה השקלול של עלות השלמת השיפוץ והנזקים שנגרמו להם כפי שמפורט בכתב התביעה.

### טענות התובעים

העבודה הייתה רשלנית, התברר שנתבע חסר ניסיון וכמו כן אינו נוהג ברכב ומגיע בתחבורה ציבורית. העבודה התחילה מאוחר, היו חסרים לו חומרים וכלי עבודה ונאלצנו לעזור לו.

כמו כן הוא לא הגיע בזמנים שאמר שיבוא, העבודה נמשכה הרבה מעבר לשבועיים שהוא העריך. העבודה שיבשה את החיים השוטפים בבית ולקומה עליונה לא הייתה גישה למה שארזנו שם, וכל יום נאלצנו לנקות אחריו. למרות הרצון הטוב שלנו לסייע לו שיגמור את העבודה- הצענו לו לישון בבית ועזרה- עם כל זה הדברים לא התקדמו.

התברר שהוא בפעם הראשונה עובד עם חומרי איטום ועל כן נעשתה טעות בדילול החומר וממילא איכות הבידוד ירודה. לדעתנו, אין שום משמעות לאיטום, ערכנו ניסוי והחום שמדדנו בעליית הגג שווה לבית השכנים שם לא נעשה שיפוץ.

על כן אנו תובעים קודם כל שישלם על הפער של עלות העבודה שנגרמה עקב הכנסת קבלן חדש. כמו כן להחזיר את הכסף ששולם על הבידוד, ועוגמת נפש

ונזקים שונים שנגרמו לבית ולמדרגות העץ כתוצאה משימוש לא זהיר בהם וכן אגרת בית הדין, כפי מפורט בכתב תביעה. סך הכול 30270 ₪.

### **טענת הנתבע**

הצעת המחיר הייתה ברוח חברית לאור זאת שמדובר באברך שאני מכיר מהישיבה, התובעים ידעו זאת. כמו כן הייתה לי בעיה רפואית שבגינה יכולתי להפסיק את העבודה ובכל זאת המשכתי לפני משורת הדין כדי לעזור ולא ממקום של רוח קבלני. כמו כן לא היה חוזה ולכן אני מחויב לעבודה אני רשאי להפסיק אותה. לא הייתה התחייבות ללוח זמנים וגם הזמן שהזכרתי לא התייחס לכלל העבודה. עלי לציין שלא קבענו בדיוק איזו עבודת שפכטל אני אמור לעשות ובטח לא ליישר את הקירות וגם החומר התרמי לא התחייבתי לאיכות כל שהיא אלא להפחתת החום בעליית הגג ואכן זה קיים כי ראיתי בעצמי שיש הבדל בין חלקי הגג שעברו את החומר לשאר הגג. במהלך העבודה היו הרבה תקלות ודברים לא צפויים כגון עבודה עם חומר מסוכן ובעיה עם הדוד מים. אני מצדי מעריך שבצעתי כשני שלישי מהעבודה ועל כן אני דורש תשלום מעבר ל15000 שכבר שולמו לי.

### **בירור הדין**

#### **הוצאות סיום העבודה**

במקרה הנידון לא היה חוזה בין הצדדים אך מכל מקום הייתה הסכמה על העבודה כפי שפורטה בהצעת המחיר, וברגע שהקבלן החל בעבודתו חלה עליו החובה לסיים אותה ומנגד חלה התחייבות על התובעים לשלם כפי שסוכם.

בנסיבות שתוארו לעיל עולה השאלה האם הנתבע היה רשאי להפסיק את עבודתו?

ההלכה (חושן משפט סימן של"ג) קובעת כי קבלן אינו יכול לחזור בו (בניגוד לפועל שיכול לחזור בו). ואם חזר בו ידו על התחתונה - הוא נושא בכל ההתייקרות של סיום העבודה.

יש לדון האם הנסיבות שהעלה הנתבע – חולי וקשיים לא צפויים שהתעוררו במשך העבודה - מאפשרים לו על פי הדין לחזור בו? בית הדין צירף לעניין זה את העובדה שהמחיר שנקבע הוא זול במיוחד, ועל כן מצטרף פה שיקול נוסף המאפשר לנתבע לחזור בו מכוח דין הונאה.

לסיכום - הנתבע פטור מתשלום ההתייקרות של הוצאות סיום העבודה.

## **עבודת הבידוד ואיכותה**

התובעים מבקשים החזר של 8000 ₪ עבור החומר והעבודה שלטענתם לא הועילה. הם הביאו תמונות המעידות על ניסוי שבו התברר שאין הבדל בן הקומה העליונה שלהם לשל השכנים ששם לא נעשתה עבודת בידוד. כך.

הנתבע טען שלא התחייב להגדרה מסוימת של בידוד ולטענתו ישנו הבדל מורגש בין מקום שיש בו בידוד למקום שחסר. הכרעת בית הדין בעניין זה היא לדחות את התביעה מהסיבה שלא נקבעו קריטריונים ברורים ועל כן מספק יש לקבל את טענת הנתבע כי החום ששרר בעליית הגג לפני השיפוץ היה בלתי נסבל ושונה מבתים אחרים ועל כן אין להשוות זאת לבית אחר ועל כן עבודתו הועילה.

## **נזקים שנגרמו לבית ועוגמת נפש**

לדעת בית הדין אין ראיה שהנזקים שנגרמו למדרגות ולחלון היו מתוך שימוש רשלני ועל כן אי אפשר לחייב באופן הזה. כמו כן לעניין פיצוי על עוגמת נפש וצער, בזמן הזה אין על קנסות בייחוד שהדברים לא נעשו במזיד.

## **אגרת בית הדין**

האגרה מוטלת על מי שפותח את התיק אלא אם כן מדובר על דין פשוט שהנתבע סירב לשלם את חובו, דבר שאינו קיים במקרה הזה.

## **דרישת הנתבע להשלים לו את שכרו**

הנתבע דורש תוספת תשלום הן בגלל העבודה שנעשתה והן בגלל תוספות שלא היו כלולות בהצעת המחיר, אך היות ואין חוזה מסודר ולא ניתן לאמוד במדויק מה מתוך כלל העבודה נעשה ובייחוד שהנתבע עצמו העריך את העבודה בשני שליש דהיינו גם לפי דבריו מדובר על תביעה של כשלושת אלפים שקלים, בייחוד שישנם תביעות נגדיות מצד הנתבעים שרק מפני הספק לא התקבלו ועל כן דינה של תביעה זו להידחות.

## **החלטה**

שני הצדדים פטורים מלשלם זה לזה. והאמת והשלום אהבו.  
**על החתום:**

הרב גבריאל אלקובי, הרב אריאל בראלי, הרב אחיקם הלוי

## נספח - ערעור

אנו רוצים לערער על פסק הדין כי נגרם לנו סבל רב עקב התנהלות הקבלן, ופסק הדין מאפשר לקבלן להרגיש שההתנהלות שלו הייתה טובה. הקבלן יכל להתהדר ב"חותמת כשרות" להתנהלות הפושעת שלו כלפינו. אנו מרגישים כי הדיון לא מוצה וכנראה שישנם דברים שהובנו לא נכון לכן אנו מבקשים לקיים דיון נוסף או לחילופין שבית הדין יתקן את פסק הדין.

ברצוננו להאיר את עיני בית הדין למספר נקודות:

אנו מתרשמים כי בית הדין לא התייחס לטענתנו על כך שההתנהלות הרשלנית של הקבלן היתה לפני שהתחיל להרגיש לא טוב. מדובר פה באירוע שתחילתו בפשיעה - רשלנות, חוסר מקצועיות, מצג שווא כאילו יש לו נסיון בתחום, שגיאות בעבודה עם חומרים שלא הכיר, הסתרת העובדה שאינו נוהג ברכב. סופו באונס - הקבלן מסתתר מאחורי טיעון רפואי למרות שכל הסיבוכים לא קשורים לעניין הרפואי אלא להתנהלות רשלנית שהתחילה הרבה לפני החולי ונמשכה לאורך כל הדרך. בכל מקרה, מזה תקופה שהקבלן חזר לבצע עבודות שיפוצים ולכן כיום, אין שום מניעה שיבוא ויסיים את העבודה לה התחייב.

### תגובת בית הדין

א. התביעה הוגשה על פיצוי כספי ועל כך היה הדיון, במשך הדיון נאמר במפורש על ידי התובעים שאין הם רוצים להמשיך לעבוד עם הנתבע ואף הזכירו שנתנו לא אפשרות חד פעמית להשלים את העבודה ולקבל תמריץ כספי.

על כן הדרישה עכשיו לאחר פסק הדין שהקבלן יסיים את עבודתו אינה עומדת בקנה אחד עם מהות התביעה שהייתה.

ב. הקבלן חזר בו מהעבודה עקב הקשיים החדשים שנוצרו ועקב זאת שמבחינתו לא היה חוזה עבודה מחייב. בדרך כלל קבלן שחוזר בו ידו על התחנתנה במובן שעליו לשאת בהוצאות של המשך העבודה.

אולם בית הדין החליט כי במקרה הזה היות והתובעים העמידו בפניו אולטימטום וכן לא היה חוזה מסודר והתמחור היה נמוך (עד כדי דין אונאה) והיו לו בעיות רפואיות, ויש לו תביעה להשלמת שכרו - על כן החזרה של הקבלן אינה מחייבת אותו בפיצוי על גמר העבודה.

ג. נזקים

מדרגות : לדעת בת הדין לא הוכח שהקבלן השתמש באופן רשלני ועל כן הנזק הוא חלק מהמחיר שיש לספוג על שיפוץ בבית. חלון- הנתבע הסביר שמראש החלון היה בעייתי והוא לא הצליח לתקן אותו ולכן לא גובה על כך תשלום אך לא הזיק לו מעבר למה שהיה. התובעים לא הוכיחו לבית הדין שאכן הוא הזיק.

נזק לגג : בית הדין דן רק ביחס לשאלה האם הבידוד הטרמי הועיל לעליית הגג, כאשר המקנה הייתה שלא הוכח שהבידוד לא הועיל לגמרי (לא צורפה חוות דעת מקצועית) ועקב זאת שלא היה חוזה מסודר אין לדעת מה היו הציפיות ומה בפועל ניתן ועל כן מספק לא ניתן לחייבו. הנושא של הנזק שנגרם לגג בהיותו צבוע למחצה, לא נידון ועל כן אפשר להגיש תביעה חדשה לנזקי הגג.

על החתום :

הרב גבריאל אלקובי , הרב אריאל בראלי, הרב אחיקם הלוי

## פסק דין עיכוב בניה<sup>7</sup>

### טענות התובע

אנחנו גרים בישוב ובהתאם לתוכנית מסודרת ומתואמת עם הנהגת הישוב ובעידודה התחלנו בתהליך בניה, היא הושלמה ביום כ' סיון תשפ"א למעט השלמת עבודות פיתוח ותשתיות שהן מוטלות על היישוב. המצב הוא שהבית מוכן אך אין היתר לגור בו בגלל הפיתוח שמתעכב. בהסכם על רכישת המגרש נאמר שהיישוב יעשה את כל המאמצים לדאוג לסיום עבודות הפיתוח "לא יאוחר ממועד סיום בניית יחידת הדיור על המגרש." אנו סבורים שבמציאות בפועל לא נעשו כל המאמצים האפשריים למנוע מצב זה, תקופה ארוכה לא נעשתה כל פעולה בענין. יש להוסיף שבמהלך כל התקופה מזכירות הישוב עודדה אותנו להתחיל בעבודות הבניה, כולל העלאת שכר הדירה על מנת שנזרז לבנות. אנו נאלצים לגור בדירה שכורה ולשלם שכר דירה, וכמו כן לשלם את המשכנתא על הבית שבנינו בעודד ובזירוז הישוב.

לכן אנו תובעים: א. החזר שכ"ד על הדירה שבעת אנו מתגוררים בה מיום העמידה בתנאי הועדה

כ (כ בסיון) עד ליום האכלוס העתידי. בזמן התביעה בביה"ד הסכום עומד על כ 8700 ש"ח. (שלושה חודשי שכירות). ב. החזר תוספת שכר דירה שנגבתה כעידוד על הבניה בסך 2340 ש"ח. סך התביעה (נכון ליום התביעה בביה"ד) – 11,040 ₪.

### טענות הנתבעת

מאז שקבלנו את האחריות על הפיתוח, אנו משתדלים לעשות את המיטב על מנת לזרז ולהתקדם ככל שניתן. ישנם עכובים שאינם תלויים בנו כגון כניסת מהנדס מועצה חדש וכמו כן תשתיות חשמל שתלויות בחברת חשמל. יש להוסיף שבהסכם שהתובע הזכיר מובא בפסקה (ט6): "ידוע לחבר כי עבודות הפיתוח סביב ובצמוד למגרש יכול שתמשכנה אף לאחר הקמת יחידת הדיור, וכי עבודות הפיתוח הכלליות יימשכו אף מעבר לאמור לעיל ולפרקי זמן ממושכים".

ענין זה הוזכר מלכתחילה, וההערכה שלנו שהעניין יסתיים בתשרי חשוון תשפ"ב.

<sup>7</sup> בית הדין לדיני ממונות, מכון משפט לעם, שדרות.

## הצעת פשרה

בית הדין הציע לצדדים להגיע לפשרה, ואף ניתן זמן להצעת פשרה מוסכמת. למעשה נשלחה לבה"ד הצעת פשרה מהישוב אך התובע לא הסכים לקבל הצעה זו.

## בירור הדין

א. מאחר שהצדדים לא הגיעו לפשרה מוסכמת לכן הענין בין הצדדים יוכרע ע"פ הדין.

ב. בהסכם המגרש שנחתם בין הצדדים מובא בפסקה (6, ט): "ידוע לחבר כי עבודות הפיתוח סביב ובצמוד למגרש יכול שתימשכנה אף לאחר הקמת יחידת הדיור וכי עבודות הפיתוח הכלליות יימשכו אף מעבר לאמור לעיל ולפרקי זמן ממושכים." ולא הוזכרה משמעות כספית לאיחור עבודות הפיתוח, אלא השתדלות לעשיית "כל המאמצים" אך בלא התחייבות ממונית למצב שלא תקוים הבטחה זו ולכן לא ניתן לחייב תשלום מכוח החוזה. אי לכך גם אם היתה כאן רשלנות מסויימת מצד היישוב, הנזקים שנגרמו לתובע הם עקיפים ובבחינת גרמא בנזיקין שפטור מלשלם בדיני אדם (חו"מ תכ יא).

יתירה מזאת, באי כח היישוב טוענים שלכל הפחות בתקופת המשמרת שלהם הם עשו את מה שהיה ביכולתם לכך. ויש לציין שמהתצהירים שהגיעו לבית הדין עולה רושם דומה גם ביחס לתקופה הקודמת.

ג. מכל הנ"ל נראה שלא ניתן לחייב על פי דין את הנתבעת לשלם. אמנם מכיון שהיישוב זרז את התובע לבנות בשליחות היישוב ואף ניתן היה להבין שהפיתוח יושלם עד תאריך גמר הבניה, יש ליישוב אחריות מוסרית כלפי בני היישוב שסמכו על כך והחלו מיד בבניה. ובייחוד שבעניינים אלו קשה לקבוע האם באמת נעשו המאמצים כנדרש. על כן נראה שמן הראוי שהיישוב יפצה את התובע כפי שנכתב בהצעת הפשרה של היישוב: "היישוב יפצה את הבונים ב-25% מגובה שכ"ד אותו הם משלמים מרגע קבלת טופס 4, זאת לאורך של לא יותר מחצי שנה או עד לנקודת הזמן בה יהיה ניתן להזמין חיבור חשמל לבית, המוקדם מבין שניהם." כאמור, אין אנו מחייבים תשלום זה אך מן הראוי והנכון לנהוג כך.

ד. במהלך הדיון החליט בית הדין לדאוג לכך שהנהגת היישוב תעשה ככל יכולתה לקדם את הפיתוח, ולאחר התייעצות עם הצדדים בית הדין קבע

שהחל מראש חודש כסליו תשפ"ב לא יוכל היישוב לגבות תשלום הנובע מעיכוב הפיתוח (שכר דירה) כמובן שתשלומי ארנונה ומיסים ישלמו כסדרן.

### **החלטה**

א. מזכירות היישוב פטורה מתשלום.

ב. החל מר"ח כסלו תשפ"ב התובע לא ישלם שכר דירה ליישוב.

ג. מן הראוי שינתן פיצוי כפי שהוצע "היישוב יפצה את הבונים ב-25% מגובה שכ"ד אותו הם משלמים מרגע קבלת טופס 4, זאת לאורך של לא יותר מחצי שנה או עד לראש חודש כסלו".

### **'והאמת והשלום אהבו'**

על החתום

הרב דרור טוויל, דיין      הרב אריאל בר-אלי, אב"ד      הרב אביעד תפוחי, דיין

## לפר' כי תבוא<sup>1</sup>

והיה כי תבוא אל הארץ אשר ה' אלקיך נותן לך נחלה וירשתה וישבת בה, ולקחת מראשית כל פרי האדמה אשר תביא מארצך אשר ה' אלקיך נותן לך ושמת בטנא והלכת אל המקום אשר יבחר ה' אלקיך לשכן שמו שם (דברים כו, א-ב). ודקדקו בזה כמה דקדוקים: (א) הלוא במקומות אחרים ראינו שנאמר כי תבוא, כי תבואו, וא"כ למה כאן לומר והיה כי תבוא; (ב) למה צריך לומר אל הארץ אשר ה' אלקיך נותן לך נחלה וירשתה וישבת בה, הלוא היה יכול לקצר ולומר והיה כי תירש הארץ; (ג) למה חוזר לומר בפסוק השני מארצך אשר ה' אלקיך נותן לך, הרי כבר הזכירו בפסוק הראשון.

ותניא בספרי דברים (פיסקא רצז): כי תבוא אל הארץ, עשה מצוה האמורה בענין שבשכרה תיכנס לארץ עכ"ל. והקשה על זה בפנים יפות (דברים כו, א): לכאורה אינו מובן, וכהאי לי שנא איתא בקידושין (לו, ב) גבי תפילין ופטר חמור עשה מצוה זו שבשבילה תכנס לארץ, שנתחייבו בתפילין ופטר חמור במדבר שבזכותם נכנסו לארץ, אבל גבי ביכורים לא נתחייבו אלא לאחר ירושה וישיבה, לא שייך שבשכרה תכנס לארץ שהרי כבר נכנסו עכ"ל.

והנראה לומר בזה הוא, דהנה כתיב (ויקרא כה, ב) דבר אל בני ישראל ואמרת אליהם כי תבואו אל הארץ אשר אני נותן לכם ושבתה הארץ שבת לה, ופירש"י: שבת לה, לשם ה', כשם שנאמר בשבת בראשית עכ"ל. ורואים מזה ששבת הארץ היא מקבילה לשבת בראשית שהיא בזמן. וכמו כן יש לנו לומר שמצות ביכורים שהיא בארץ מקבילה לביכורים בזמן. ולכן נראה לומר שראש השנה ועשרת ימי תשובה הם הביכורים בזמן [ובאמת שגם יום הכיפורים נקרא ראש השנה, וכמו שכתבו התוס' בנדריים (כג, ב ד"ה ואת) לכך נראה לו להגיה מיוה"כ זה עד יוה"כ הבא עלינו לטובה ונדריים של שנה הבאה הוא דשרינן, וסמך לדבר דתנן הרוצה שלא יתקיימו נדריו כו', ובלבד שלא יהא זכור בשעת הנדר, ואפילו רבא נמי מודה בזה ואע"ג דעומד אדם

---

<sup>1</sup> שיחה שנמסרה בכולל, קיץ תשפ"א.

בראש השנה תנן ואנן ביוה"כ עבדינן, אשכחן יוה"כ דאקרי ראש השנה כדכתיב ביחזקאל (מ, א) בראש השנה בעשור לחדש עכ"ל].

וביאור הענין הוא, דהנה כתוב בליקוטי תורה מהרב בעה"ת זצוק"ל (פרי ראה ד"ה אני לדודי): והענין כי באלול מתחיל בחי' אני לדודי דהיינו בחי' אתערותא דלתתא עד ר"ה ויוה"כ שהם בחי' המשכת אלקותו ית' למטה בבחי' התגלות, כמ"ש שמאלו תחת לראשי וימינו תחבקני, שמר"ה עד יוה"כ הוא בחינת שמאלו בחי' יראה לפי שאז הוא זמן התגלות מלכותו ית', ולכן קוראין לו המלך כי מלכותך מלכות כל עולמים, פי' שאפילו בעולמות הנעלמים תפול עליהם אימת המלך ופחדו כו', ומזה נמשך גם למטה על כללות נשמות ישראל לקבל עול מלכות שמים עליהם ותהיה יראתו על פניהם כל השנה כי יראת ה' ואהבתו אינו עשויה ונטוע בלב האדם מכח עצמו, כי אם מכח ההארה הנמשך עליו מלמעלה בעת זמן התגלותו דהיינו בר"ה בחי' יראה כו', וזהו בחי' ודודי לי, רק שצריך תחלה לעורר את האהבה ויראה על ידי אתערותא דלתתא שהיא באלול, והנה נודע שבאלול הוא זמן התגלות י"ג מדות הרחמים, ולהבין זה כי למה הם ימות החול ואינם יו"ט כמו שבתות ויום טוב שבהם התגלות אלקות בחי' הארת אלקותו ית', ובפרט בעת זמן י"ג מדות שהם הארת העליונות מאד והם מתגלים ביוה"כ"פ, ובודאי יש הפרש גדול בין יוה"כ ובין אלול, אך הנה יובן ע"פ משל למלך שקודם בואו לעיר יוצאין אנשי העיר לקראתו ומקבלין פניו בשדה ואז רשאין כל מי שרוצה לצאת להקביל פניו הוא מקבל את כולם בסבר פנים יפות ומראה פנים שוחקות לכולם, ובלכתו העירה הרי הם הולכים אחריו, ואח"כ בבואו להיכל מלכותו אין נכנסים כי אם ברשות, ואף גם זאת המובחרים שבעם ויחידי סגולה, וכך הענין על דרך משל בחודש אלול יוצאין להקביל אור פניו ית' בשדה, כי הנה כתיב יאר ה' פניו אליך שהוא ענין הארת י"ג מדות שיהיה פנים בפנים דהיינו שיאיר גילוי פנימיות רצונו ית' למקור נשמת ישראל ע"י שיהיה עיקר פנימיות רצונו אליו ית' לדבקה בו בלב ונפש מעומקא דליבא במסירת נפש כמ"ש במקום אחר, והארה זו היא נמשכת מבחי' א-ל שהוא ראשית כל הי"ג מדות ומקורן וכללותן, וכמ"ש א-ל ה' ויאר לנו כו' עכ"ל. ועוד כתב (ד"ה ושמתי כדכד): וזהו ענין ההפרש בין התגלות י"ג מדות שבחדש אלול כו', שהוא על דרך משל, המלך כשהוא בחוץ בשדה קודם בואו להיכלו, ושם יוצאים לקבל פניו, ואז הוא לבוש על דרך משל לבוש החיצון כו', ואמנם התגלות י"ג מדות בעשי"ת ובפרט ביוה"כ"פ זהו על דרך משל

הזוכה לקבל פני המלך בהיכל מלכותו, ושם הוא לבוש לבושים הפנימיים כו' עכ"ל.

והיוצא מדבריו הקדושים הוא שבחודש אלול שהם ימי הרחמים מפני שאז נתגלה י"ג מדות הרחמים של הקב"ה הוא בבחי' המלך בשדה, דהיינו שהמלך נמצא מחוץ היכלו לקראת העם ואז הם יכולים להתעורר להתקרב אליו, אבל בראש השנה ועשרת ימי תשובה ויום הכיפורים חוזר המלך להיכלו, ושם הוא לבוש בבגדי שרד ומסובב בפמליא דיליה, ואז יש פחד להתקרב אליו, כי שם הוא מתגלה במלוא מלכותו. ומי שזוכה ליכנס שם בפנים נופל עליו יראה והוא מקבל עליו עול מלכותו.

וזהו ענין ראש השנה שמקבלים עלינו עול מלכותו יתב', וכדאיתא בגמ' ראש השנה (לד, ב): אמר רבה, אמר הקב"ה אָמְרוּ לְפָנַי בראש השנה מלכיות זכרונות ושופרות, מלכיות כדי שתמליכוני עליכם, זכרונות כדי שיבא לפני זכרוניכם לטובה, ובמה בשופר עכ"ל. והיינו כמו שפירש המהר"ל (שם טז, א): ועוד הוא כפשוטו כי כך הוא, כי המלכיות כמו שאמרו שתמליכוני עליכם, כדי להודיע כי מצד שהוא מלך הוא שמפרנס את עמו ומנהיג את עמו, לכך מלכיות שתמליכוני עליכם, ואחר כך הזכרונות שיבא הזכרון מן ישראל בדבר טוב שיש בישראל לפני השי"ת, וזהו על ידי שופרות, ואז יזכרו לטוב לפני השי"ת, כמו כי תקיעות השופר הוא התעלות, ומפני זה יזכרו לטוב, והיינו דמסיים שיבא זכרוניכם לטוב לפני, ועיי' השופר יעלה זכרוני לטוב עכ"ל.

והסיבה שמקבלים אז עול מלכותו היא מפני שאז אנו נכנסים להיכל המלך, וכדתנן במס' ראש השנה (כו, א): כל השופרות כשרים חוץ משל פרה מפני שהוא קרן עכ"ל, וקאמר עלה בגמ': עולא אמר היינו טעמא דרבנן כדרב חסדא דאמר רב חסדא מפני מה אין כהן גדול נכנס בבגדי זהב לפני ולפנים לעבוד עבודה לפי שאין קטיגור (העגל, ושופר של פרה נמי קטיגור דעגל הוא) נעשה סניגור כו', והא איכא בגדי זהב מבחוץ, מבפנים קא אמרינן, שופר נמי מבחוץ הוא, כיון דלזכרון הוא כבפנים דמי (כבגדי כהן גדול שלפנים דמי) עכ"ל, וכתב הריטב"א: האי שופר כיון דלזכרון אתי ולהכניס תפלתן של ישראל לפני ולפנים כלפנים דמי עכ"ל.

ובמקביל לזה מצינו גם במצות ביכורים, וכדתנן במס' ביכורים (פ"ג מ"א): כיצד מפרישין הבכורים, יורד אדם בתוך שדהו ורואה תאנה שבכרה, אשכול שביכר, רמון שביכר, קושרו בגמי ואומר הרי אלו בכורים עכ"ל. וכתב הרמב"ן (דברים כו, ב): טעם ולקחת מראשית כל פרי האדמה אשר תביא מארצך שתקח מראשית כל הפרי אשר תביא אל הבית מארצך אשר ה' אלקיך נותן לך, וְצִנָּה שיפריש הפרי בשדה ויקרא עליו שם עכ"ל [ובביאור מהרי"פ על סה"מ לרס"ג (עשה פא) כתב שהרס"ג מנה למצות הפרשת ביכורים כמצוה בפני עצמה, ותמה למה שאר מוני המצוות מנו רק מצות הבאת ביכורים, ולא מנו מצות הפרשת ביכורים כמצוה בפני עצמה, וכתב שם שכבר נתעורר בזה הרשב"ץ בזה הרקיע (עשין קנו)].

ורואים מזה שיש שלשה חלקים למצות ביכורים שהם מקבילים לשלשה חלקים בעבודת ראש השנה: (א) הפרשת ביכורים בעודם בשדה מקבילה להכנה לראש השנה בחודש אלול ע"י התקרבות להשי"ת כאשר הוא מלך בשדה; (ב) הבאת ביכורים לבית המקדש מקבילה לעבודת ראש השנה כאשר מתגלה אלינו השי"ת כאשר הוא מלך בהיכלו, לפיכך אנו תוקעים לפניו בשופר והרי זה כאילו נכנסנו לפני ולפנים; (ג) מקרא ביכורים מקביל לאמירת מלכיות זכרונות ושופרות.

ומעתה אנו חוזרים לפרש הפסוקים ומאמר הספרי שהקדמנו. מאי דכתיב והיה כי תבוא אל הארץ אשר ה' אלקיך נותן לך נחלה וירשתה וישבת בה, יש לפרש שהכוונה היא: והיה אם תבוא אל הארץ בהכרה אשר ה' אלקיך נותן לך נחלה, אז תזכה לירש אותה ולשבת בה. וחוזר לאמר ולקחת מראשית כל פרי האדמה אשר תביא מארצך אשר ה' אלקיך נותן לך, וכוונתו לומר שעצם הלקיחה מראשית כל פרי האדמה היא מצוה, ולכך צריכה להיות בכוונה ובהכרה שהיא מארצך אשר ה' אלקיך נותן לך, ואתה מפריש ביכורים להראות שאינך כפוי טובה, וכמו שפירש"י (דברים כו, ג): ואמרת אליו שאינך כפוי טובה עכ"ל. וזהו שאמר בספרי עשה מצוה האמורה בענין שבשכרה תיכנס לארץ, כלומר אם תבוא לארץ בהכרה שה' אלקיך נתן לך נחלה שהיא בעצם מטרת מצות ביכורים האמורה בענין, בשכרה תיכנס לארץ לירש אותה ולשבת בה, ודוק היטב בזה.

## הרה"ג רבי גדליה רבינוביץ שליט"א אדמו"ר ממונסטרישצ'ה

### לר"ה תשפ"ג<sup>1</sup>

איתא בגמ' ר"ה (לד, ב): אמר רבה אמר הקב"ה אמרו לפני בראש השנה מלכיות זכרונות ושופרות, מלכיות כדי שתמליכוני עליכם, זכרונות כדי שיבא לפני זכרוניכם לטובה, ובמה בשופר עכ"ל. והנה מאמרו של רבה צריך ביאור, שהריהו אומר שצריכים לומר שלש ברכות במוסף של ראש השנה, שהן נוספות על הברכות של שבת ומועדים, ומנמק זה באומרו שאומרים מלכיות כדי להמליך הקב"ה עלינו, ואומרים זכרונות כדי להעלות זכרונו לפני הקב"ה לטובה, אבל הוא אינו מנמק למה אומרים שופרות, אלא אומר ובמה בשופר. ובפשטות כוונתו לומר שאומרים מלכיות וזכרונות ע"י השופר, אבל אין זה מובן, דהא אומרים מלכיות וזכרונות בפנינו וכמו שאומרים כל הברכות. וא"כ קשה בתרתי, חדא, שאינו מנמק לומר אומרים שופרות, ועוד אינו מובן זה שאומרים מלכיות וזכרונות ע"י השופר.

ועוד איתא בגמ' ר"ה (כט, ב): אמר ר' לוי בר לחמא אמר ר' חמא בר חנינא כתוב אחד אומר שבתון זכרון תרועה וכתוב אחד אומר יום תרועה יהיה לכם, לא קשיא, כאן ביום טוב שחל להיות בשבת, כאן ביום טוב שחל להיות בחול, אמר רבא אי מדאורייתא היא במקדש היכי תקעין, ועוד הא לאו מלאכה היא דאצטריך קרא למעוטי, דתנא דבי שמואל כל מלאכת עבודה לא תעשו, יצתה תקיעת שופר ורדיית הפת שהיא חכמה ואינה מלאכה, אלא אמר רבא מדאורייתא מישרא שרי ורבנן הוא דגזור ביה כדרבה, דאמר רבה הכל חייבין בתקיעת שופר ואין הכל בקיאין בתקיעת שופר, גזירה שמא יטלנו בידו וילך אצל הבקי ללמוד ויעבירונו ארבע אמות ברשות הרבים, והיינו טעמא דלולב, והיינו טעמא דמגילה עכ"ל. וחזינן דבמסקנת הגמ' היא דאין תוקעים שופר בראש השנה שחל בשבת משום גזירה דרבה, ולא משום דכתיב זכרון תרועה.

---

<sup>1</sup> שיחה שנמסרה בכולל, לקראת ראשהשנה תשפ"ג.

אולם בירוש' ר"ה (פ"ד ה"א) איתא: ר' אבא בר פפא, א"ר יוחנן ורשב"ל הוון יתיבון מקשיי, אמרין תנינן יו"ט של ר"ה שחל להיות בשבת במקדש היו תוקעין אבל לא במדינה, אין דבר תורה הוא אף בגבולין ידחה, אין לית הוא דבר תורה אף במקדש לא ידחה, עבר כהנא אמרין הא גברא רבה דנישאו ליה, אתון שאלון ליה, אמר לון כתוב אחד אומר יום תרועה וכתוב אחד אומר זכרון תרועה, הא כיצד, בשעה שהוא חל בחול יום תרועה, בשעה שהוא חל בשבת זכרון תרועה מזכירין אבל לא תוקעין, ר' זעירה מפקד לחברייה עולון ושמעין קליה דר' לוי דרש, דלית איפשר דהוא מפיך פרשתיה דלא אולפן, ועל ואמר קומייהון, כתוב אחד אומר יום תרועה וכתוב אחד אומר זכרון תרועה, הא כיצד, בשעה שהוא חל בחול יום תרועה, בשעה שהוא חל בשבת זכרון תרועה מזכירין אבל לא תוקעין, מעתה אף במקדש לא ידחה, תנא באחד לחדש (דכתיב בא' לחדש יהיה לכם שבתון זכרון תרועה מקרא קדש כל מלאכת עבודה לא תעשו והקרבתם וגו' ובחומש הפקודים כתיב בא' לחדש מקרא קודש יהיה לכם כל מלאכת עבודה לא תעשו יום תרועה יהיה לכם ועשיתם עולה וגו', קס"ד דה"ק בא' לחדש יהיה לכם שבתון, אבל לגבוה אינו שבתון דהא לפניו גלוי אימתי היא יום ראשון, וה"ה במקדש דידיעין אימתי ר"ה תוקעין אפ"י בשבת), מעתה אפילו במקום שהן יודעין שהוא באחד לחדש ידחה (ואנן תנן שלא היו תוקעין במדינה אפ"י במקום שידעין), תני ר' שמעון בן יוחאי והקרבתם (מדכתיב והקרבתם רחוק מן זכרון תרועה, ועשיתם כתיב סמוך יום תרועה, שמע מינה במקום שמקריבין הוא לעולם יום תרועה), במקום שהקרבות קריבין עכ"ל. וחזינן מדברי הירוש' שלא נדחה הלימוד דמאי דנאמר זכרון תרועה מדבר על ראש השנה שחל בשבת. ובאמת בתפלה ובקידוש אנו אומרים יום זכרון תרועה בראש השנה שחל בשבת. שמע מינה שלא נדחה האי דרשה לגמרי אפילו למסקנא דלא תוקעים משום גזירה דרבה. וא"כ צריכים לדעת מהו ענין זכרון תרועה, ואיפה מצינו שיש שני אופנים לקיים מצוה, שאם חל ראש השנה בחול תוקעים ואם חל בשבת מקיימים המצוה ע"י זכרון בלבד.

והנה נחלקו הראשונים בגדר מצות שופר, האם המצוה היא לתקוע בשופר או לשמוע קול שופר. דעת הרמב"ם בפ"א מהל' שופר (ה"א) והטור באו"ח (סי' תקפה) היא שהמצוה היא לשמוע קול שופר. אולם דעת ר"ת (הו"ד ברא"ש

פ"ד דר"ה ס"י) והסמ"ג (עשין מב) היא שהמצוה היא לתקוע בשופר. ואנן קיי"ל להלכה שהמצוה היא לשמוע קול שופר, ומשום הכי נפסק להלכה בשו"ע או"ח (תקפה, ב) שהברכה על המצוה היא לשמוע קול שופר, ולא על תקיעת שופר.

אכן אהא דתנן בפ"ד ראש השנה (כט, א): חרש שוטה וקטן אין מוציאין את הרבים ידי חובתן, זה הכלל כל שאינו מחוייב בדבר אינו מוציא את הרבים ידי חובתן עכ"ל, דן באורך מהר"ם בן חביב בספרו יום תרועה וכתב: קשה, בשלמא אם היה המצוה בראש השנה לתקוע בשופר, ר"ל שכל אחד הוא חייב לתקוע הוה אתי שפיר דחרש שוטה וקטן אין מוציאין משום דהם פטורים, ומי שאינו שייך במצוה אינו יכול לעשותה כמו העבד שאינו יכול לכתוב גט דלאו בני כריתות נינהו דאינו בתורת קדושין וגיטין, אבל השתא דכתב הרמב"ם ריש הלכות שופר וז"ל מ"ע של תורה לשמוע כו' א"כ המצוה היא השמיעה ולא התקיעה, וכיון שכן חש"ו אם יתקעו ואחרים שומעים למה אינם יוצאים, הרי המצוה היא השמיעה והרבים שומעים באזניהם, ומאי איכפת לן אם התוקע הוא חש"ו, ויראה לומר דמצות ר"ה היא התקיעה והשמיעה שניהם יחד, ועיקר המצוה היא השמיעה, ולחלוקת מצות תקיעה עושה שליח לחבירו שיתקע בעדו, וכיון דשומע ממנו התקיעה יוצא, וכיון שכן שפיר אמרו חרש שוטה וקטן אין מוציאין משום דהם פטורין מהמצוה, ונמצא דהשומעים מחש"ו אע"ג דמחלק מצות שמיעת קול שופר יצאו מ"מ מחלק המצוה של התקיעה גופיה לא יצאו, דב' חלקים הם מצות תקיעה ושמיעה כו', וכי תימא אם התקיעה הוא חלק המצוה היאך יוצא האדם במה שתוקע חברו, הלא במצות שבגופו אין אדם יכול לעשות שליח, וכי היכי דאין אדם יכול למנות שליח שישמע שופר בעדו משום דתלוי בגופו והיינו טעמא דחולץ דלא משוי שליח שיחלוץ בעדו הכי נמי לא יעשה שליח לאחד שיתקע בעדו, י"ל דקרא כתיב יום תרועה יהיה לכם, ומשמע שכל ישראל יוצאין בתרועה א' כדדרשינן פרק הישן מקרא דכל האזרח בישראל ישבו בסוכות שכל ישראל ראויים לישיב בסוכה אחת, ואי אפשר זה אלא ע"י שמיעה, א"כ הרי גלי קרא דלענין התקיעה מצי לעשות שליח ולא הקפיד בגוף של אדם אלא השמיעה, ולפיכך לא מצי משוי שליח בשמיעה, אבל מ"מ לא נכחד דתקיעה היא חלק מהמצוה ודוק, ומיהו יש לערער על זה ממ"ש הרמב"ם פ"א דשופר שופר הגזול שתקע בו יצא שאין המצוה אלא בשמיעת הקול כו', משמע דשמיעה לחוד היא המצוה, דאם לא כן אלא גם התקיעה היא חלק

מהמצוה היה ראוי שלא יצא בגזול כמו מצה ולולב כו', ולפ"ז הדרא קושיא לדוכתא אמאי חרש שוטה וקטן דאין מוציאין והרי זה דומה לסוכה דמצותה היא הישיבה לא העשייה וכשם דסוכת גנב"ך ורקב"ש כשרה אף על גב דלאו בני חיובא נינהו כדאיתא בסוכה דף ח' משום דאדם יוצא בישיבה, הכי נמי בחרש שוטה וקטן אמאי אין מוציאין כו' עכ"ל.

ועוד צריכים להבין שהרי בתפלה בחתימת ברכת שופרות אנו אומרים שומע קול תרועת עמו ישראל ברחמים, והמשמעות היא שאנו תוקעים בשופר והקב"ה שומע קול תקיעתנו, וא"כ הקב"ה הוא השומע ואנו התוקעים, והרי זה דלא כמו דקיי"ל להלכה שהמצוה היא השמיעה ולא התקיעה. ובאמת מלשון הרמב"ם משמע שהעיקר הוא שאנו שומעים ולא שהקב"ה שומע, שהרי כתב הרמב"ם בפ"ג מהל' תשובה (ה"ד): אע"פ שתקיעת שופר בראש השנה גזירת הכתוב רמז יש בו, כלומר עורו ישינים משנתכם ונרדמים הקיצו מתרדמתכם וחפשו במעשיכם וחזרו בתשובה וזכרו בוראכם עכ"ל. ולכאורה דבריו סותרים לחתימת ברכת שופרות שממנו אנו למדים שהקב"ה הוא השומע, ולא שאנו שומעים. עוד צריכים להבין לשון חתימת הברכה שאנו שומע קול תרועת עמו ישראל ברחמים, ולמה מזכירים תרועה ולא מזכירים תקיעה, ולא אומרים שומע קול תקיעת עמו ישראל ברחמים.

והנה בסידור הרב בעה"ת ז"ל (שער התקיעות ד"ה להבין ענין תקיעת שופר) מביא כוונת הבעש"ט ז"ל שענין תקיעת שופר הוא קול בלא דיבור, והוא מבאר את זה באורך ע"ד פנימיות החסידות עיי"ש. אבל איך אנו יכולים להבין כוונה זו בפשטות.

והנראה לומר בביאור כל זה הוא בהקדם מאי דאיתא בגמ' ר"ה (כו, א): אמר רב שמואל בר יצחק כמאן מצלינן האידינא זה היום תחלת מעשיך זכרון ליום ראשון, כמאן, כר' אליעזר דאמר בתשרי נברא העולם עכ"ל. אלא דבמדרש (ויק"ר כט, א) איתא: תני בשם ר' אליעזר בכ"ה באלול נברא העולם, ואתיא דרב כההיא דתני ר' אליעזר, דתנינן בתקיעתא דרב זה היום תחלת מעשיך זכרון ליום ראשון כי חוק לישראל הוא וגו' עכ"ל. ויש להבין, דאם אתה אומר שנברא העולם בכ"ה באלול אי"כ איך תוכל לומר שנברא

העולם בתשרי, ואיך תוכל לומר על ראש השנה שהוא תחילת מעשיך ויום ראשון.

אכן הר"ן על הר"ף כבר נזקק לשאלה זו, וכתב בפ"ק דר"ה: ותירוץ דבר זה למדנו מדגרסינן בפסיקתא בשם ר' אליעזר בפסוק דרשו ה' בהמצאו דתניא בעשרים וחמשה באלול נברא העולם, ולפי זה הא דתניא בגמרא דר' אליעזר אומר בתשרי נברא העולם על גמר ברייתו קא אמרינן, דאדם הראשון שבו נגמר העולם נברא ביום ששי, דהיינו באחד בתשרי עכ"ל. ונראה שדבריו מובנים ע"פ משל לאחד שבנה בנין גדול ומפואר, והבנין בודאי לא נעשה ביום אחד, אלא ארך זמן רב. ואם ישאלו מתי נבנה הבנין הזה בודאי יאמרו שהבנין נבנה ביום שגמרו בנייתו, שהרי עד אז לא היה שייך לקראו בנין, אלא רק חלקי בנין בלבד. וכמו כן הוא בבריאת העולם, דכל זמן שלא נברא האדם שהוא תכלית בריאה לא היה שייך לקראו עולם כיון שעדיין לא נשלם. ולכך יש לומר שהעולם נברא ביום הששי שבו נברא האדם שהוא תכלית הבריאה, ואז נשלם העולם.

והנה בכל שנה בראש השנה העולם והאדם חוזרים לקדמותם וכמו שהיה ביום הבריאה, וכמו שכתב בשער הכוונות (הקדמה לדרושי ר"ה): ויראה לי כי בכל ר"ה חוזר האצילות העליונה לכמות שהיה בתחילת בריאת העולם עכ"ל. וכן כתב בשער הכוונות (דרושי ר"ה דרוש ו): כי בר"ה, לפי שנברא העולם ביום הזה, לכן נעשה בכל שנה באלו הימים ככל מה שהיה בעת שנברא העולם עכ"ל. ומאחר שכן יש לנו לומר שהאדם ביום ראש השנה הוא מבחינה רוחנית כקטן שנולד. [ואע"ג שאדם הראשון בעצמו לא נברא כקטן שנולד, דהא איתא בגמ' חולין (ס, א): דאמר ריב"ל כל מעשה בראשית בקומתו נבראו, בדעתו נבראו, בצביונם נבראו, שנא' ויכולו השמים והארץ וכל צבאם, אל תקרי צבאם אלא צביונם עכ"ל, היינו דוקא אדם הראשון שהיה יציר כפיו של הקב"ה, וזה היה לפני החטא, אבל אנו אין אנו במדריגה זו, ולכך אנו מתחדשים כמו שאנו נולדנו, כתינוק היוצא ממעי אמו.]

והנה אע"פ שייחודו של אדם הוא בכח הדיבור שלו, וכמו שתירגם אונקלוס (בראשית ב, ז): וברא ה' אלקים ית אדם עפרא מן ארעא ונפח באפוהי

נשמתא דחיי והות באדם לרוח ממללא עכ"ל, מ"מ כאשר נולד האדם עדיין אין לו כח הדיבור, ותינוק הנולד יכול להתקשר רק ע"י בכי. ועיקר התקשרותו הוא ע"י הבכי לאמו שהיא תינק אותו. והתינוק שנולד אינו מכיר זולתו אלא רק אמו, או מי שהיא מניקה אותו, ומלבד זה אין לו בעולמו אלא הוא עצמו בלבד. ועל זה אמרו חז"ל בגמ' סנהדרין (צא, ב): ואמר לו אנטונינוס לרבי מאימתי יצר הרע שולט באדם, משעת יצירה או משעת יציאה, אמר לו משעת יצירה, אמר לו אם כן בועט במעי אמו ויוצא, אלא משעת יציאה, אמר רבי דבר זה למדני אנטונינוס ומקרא מסייעו שנאמר לפתח חטאת רובץ עכ"ל. מה שאין כן יצר טוב באדם רק אחרי כן, וכמו שאמרו חז"ל באבות דר' נתן (נו"א פט"ז): אמרו שלש עשרה שנה גדול יצר הרע מיצר טוב, ממעי אמו של אדם הוא גדל ובא עמו כו', לאחר י"ג שנה נולד יצר טוב כו' עכ"ל. והכוונה היא שכיון שהתינוק אינו מכיר זולתו לכן כל עניינו הוא בצרכיו ובהנאתו בלבד, שזהו ענין יצר הרע.

ובכן יש לנו לומר שבראש השנה אנו חוזרים למצב של תינוק שנולד, ועיקר התקשרות שלנו הוא ע"י בכי. וזהו ענין התרועה שהוא ענין בכי וכדאיתא בגמ' ר"ה (לג, ב): יום תרועה יהיה לכם, ומתרגמין יום יבא יהא לכוון, וכתוב באימיה דסיסרא בעד החלון נשקפה ותיבב אם סיסרא, מר סבר גנוחי גנח (כאדם הגונח מלבו כדרך החולים שמאריכין בגניחותיהן), ומר סבר ילולי יליל (כאדם הבוכה ומקונן קולות קצרים סמוכין זה לזה) עכ"ל. ומהאי טעמא נאמר על ראש השנה יום תרועה יהיה לכם (במדבר כט, א). ועל בכי זה שלנו אומרים בתפלה שומע קול תרועת עמו ישראל ברחמים, כלומר שאנו בוכים לפני הקב"ה כמו שהתינוק בוכה לפני אמו, והוא שומע קול בכייתנו ברחמים. ולפי זה שפיר מבואר מה שאמר הבעש"ט הקדוש זי"ע שכוונת התקיעות הוא קול בלא דיבור שהרי הן כקול בכי התינוק.

ומעתה חוזרים אנו לבאר מאמרו של רבה דקאמר הקב"ה אמרו לפני בראש השנה מלכיות זכרונות ושופרות, מלכיות כדי שתמליכוני עליכם, זכרונות כדי שיבא לפני זכרוניכם לטובה, ובמה בשופר. הנה נתבאר שבראש השנה אנו מתחילים מחדש, והרי אנו בבחינת תינוק שיצא ממעי אמו, ואין לנו כח הדיבור, וגם אין אנו מכירים אף אחד זולתנו, אלא רק הקב"ה בלבד שהוא הזן ומפרנס אותנו ומצילנו מכל צרה וצוקה, וכמו התינוק שמכיר רק את

אמו ששומרת ומניקה אותו. ובה שאין אנו מכירים אלא הקב"ה בלבד הרי אנו ממליכים אותו עלינו כיון שאנו תולים את עצמנו בו ובוכים ומתחננים לפניו ע"י תרועת השופר. ומאחר שאנו פונים רק אל הקב"ה בלבד הרי פניה זו מעלה זכרונו לפניו לטובה, והקב"ה עומד מכסא דין ויושב על כסא רחמים וכדאיתא במדרש (ילק"ש פ"י אמור רמז תרמה): בשעה שהקב"ה עולה ויושב על כסא דין בדין הוא עולה דכתיב עלה אלקים בתרועה, ובשעה שישראל נוטלין שופר ותוקעין הקדוש ב"ה עומד מכסא דין ויושב על כסא רחמים דכתיב ה' בקול שופר, ומתמלא עליהם רחמים והופך להם מדת הדין למדת רחמים עכ"ל.

ולפי מה שנתבאר אין סתירה בין חתימת הברכה שאנו אומרים שומע קול תרועת עמו ישראל ברחמים להא דקיי"ל להלכה שעיקר מצות שופר היא השמיעה ולא התקיעה, דהא ע"י שמיעת קול השופר אנו מתעוררים ומרגישים החווייה המופלאה הזו שביום ראש השנה הרי אנו כאילו נולדנו מחדש וכתינוק שנולד דמי, והתפלה שלנו היא כבכי התינוק הקורא ומתחנן לאמו, ובה אנו מקבלים את מלכותו ית' עלינו ומעלים את זכרונו לפניו לטובה. ומאחר שכוונת מצות שופר היא לעורר בנו החווייה הנפלאה שאנו בוכים לפני הקב"ה כתינוק בן יומו הבוכה לאמו, לכן יתכן לקיים המצוה גם ע"י זכרון בלבד. ומשום הכי בראש השנה שחל בשבת שיש סיבה לא לתקוע, לכן מקיימים את המצוה הזו ע"י זכרון תרועה ולא ע"י תרועה בפועל ממש.

ולפי דברינו אלה אפשר לתרץ מאי דקשיא אהא דאמרינן שהמצוה היא בשמיעה ולא בתקיעה דא"כ אמאי חרש ושוטה וקטן אין מוציאין את הרבים ידי חובתם ובעינן דוקא תקיעה דבר חיובא, דיש לומר דתקיעה של מי שאינו בר חיובא אין בכוחה לעורר החווייה הנפלאה שאנו צריכים להרגיש בראש השנה, שהרי זה רק שמיעת קול בלבד שאין לו שום משמעות, ורק שמיעת קול שופר מבר חיובא שמתכוין למצוה בכוחה לפעול מה שמצוה זו אמורה לפעול, והבן הדברים היטב.